ملاحظة: تم التصحيح،
ترتيب الصفحات يكون حسب الكتاب المطبوع في دار العلوم بيروت لبنان عام ١٤٠٩ هــ.
متن العروة مميز عن شرح المصنف بهذه الأقواس {   }

الفقه

الجزء الرابع والخمسون

الفقه

موسوعة استدلالية في الفقه الإسلامي

آية الله العظمى

السيد محمد الحسيني الشيرازي

دام ظله

كتاب المضاربة والمزارعة

دار العلوم

بيروت لبنان

الطبعة الثانية

١٤٠٩ هـــ ـــ ١٩٨٨م

مُنقّحة ومصحّحة مع تخريج المصادر

دار العلوم ـــ طباعة. نشر. توزيع.

العنوان: حارة حريك، بئر العبد، مقابل البنك اللبناني الفرنسي

كتاب المضاربة

الجزء الثاني

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنة الدائمة على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

(مسألة ٣٣): إذا شرط أحدهما على الآخر في ضمن عقد المضاربة مالاً أو عملاً، كأن اشترط المالك على العامل أن يخيط له ثوباً أو يعطيه درهماً أو نحو ذلك أو بالعكس، فالظاهر صحته

(مسألة ٣٣): {إذا شرط أحدهما على الآخر في ضم عقد المضاربة مالاً أو عملاً كأن اشترط المالك على العامل} أو شرط العامل على المالك {أن يخيط له ثوباً أو يعطيه درهماً أو نحو ذلك} من الشروط التي لا ترتبط بالمضاربة، في قبال القسم الآخر من الشروط المرتبطة بالمضاربة كشرط أن يسلم المالك إلى العامل المال نجوماً {أو بالعكس} كشرط المالك على العامل سفراً خاصاً أو تجارةً خاصةً أو ما أشبه، لا إشكال في صحة القسم الثاني من الشرط، بل عليه النص والفتوى.

فقد روى أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره، عن أبيه، قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام): «كان للعباس مال مضاربة فكان يشترط أن لا يركبوا بحراً ولا يترلوا وادياً، فإن فعلتم فأنتم ضامنون، فأبلغ ذلك رسول الله (صلى الله عليه وآله) فأجاز شرطه عليهم»[١].

وقريب منه صحيح الحلبي[٢]، وغيره.

وأما القسم الثاني {فالظاهر صحته} كما هو المشهور بينهم، وذلك لإطلاق أدلة صحة الشرط في غير ما خالف الكتاب والسنة، أو مقتضى العقد، بل والمناط في القسم الأول.

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٨٢ الباب ١ من أبواب المضاربة ح١٢.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٨٢ الباب ١ من أبواب المضاربة ح٧.

وكذا إذا اشترط أحدهما على الآخر بيعاً أو قرضاً أو قراضاً أو بضاعةً أو نحو ذلك، ودعوى أن القدر المتيقن ما إذا لم يكن من المالك إلاّ رأس المال ومن العامل إلاّ التجارة مدفوعة، بأن ذلك من حيث متعلق العقد فلا ينافي اشتراط مال أو عمل

{وكذا إذا اشترط أحدهما على الآخر بيعاً أو قرضاً أو قراضاً أو بضاعةً} أو إيقاعاً {أو نحو ذلك} لكن التحرير أشكل في الشروط الخارجة مما ليس من مصلحة العقد ولا مقتضاه، مثل اشتراط النفع ببعض السلع، مثل لبس الثوب واستخدام العبد وركوب الدابة ووطي الجارية وضمان العامل المال أو بعضه، فهذه الشروط كلها باطلة تفسد العقد إن اقتضت جهالة الربح، وإلا فلا على إشكال.

والظاهر أن وجه الإشكال ــ بالإضافة إلى ما سيأتي ــ أن أدلة الشرط لا تشمل الشروط غير المربوطة بالمضاربة، فأي ربط بين وطئ الجارية والمضاربة، ولو لانصراف دليل الشرط عن مثلها. وفيه: إنه لا وجه للانصراف، ولو كان فهو بدوي، خصوصاً ودليل الشرط حيث أخرج من الشرط المنافي للكتاب والسنة والشرط المخالف لمقتضى العقد، مما يقتضي دخول ما عداهما في المستثنى منه.

وهناك إشكال آخر على مثل هذه الشروط، ذكره مفتاح الكرامة وغيره، وأشار إليه المصنف بقوله: {ودعوى أن القدر المتيقن} من دليل المضاربة {ما إذا لم يكن من المالك إلا رأس المال، ومن العامل إلا التجارة} فأي ربط لأمثال تلك الشروط مع المضاربة {مدفوعة بأن ذلك} رأس المال والعمل {من حيث متعلق العقد، فلا ينافي} انحصار المتعلق بهما {اشتراط مال أو عمل

خارجي في ضمنه، ويكفي في صحته عموم أدلة الشروط، وعن الشيخ الطوسي، فيما إذا اشترط المالك على العامل بضاعة بطلان الشرط دون العقد في أحد قوليه، وبطلانهما في قوله الآخر، قال: لأن العامل في القراض لا يعمل عملاً بغير جعل ولا قسط من الربح

خارجي في ضمنه} الذي هو مقتضى أدلة صحة الشروط في العقود.

{ويكفي في صحته عموم أدلة الشرط} ولا إشكال فيه بما تردد فيه المستمسك باحتمال عدم صدق المضاربة، إذ لا ربط للاشتراط بالصدق، كما في سائر العقود، فإن الشرط المنافي لمقتضى العقد ينافي الصدق لا غيره، حتى وإن كان مخالفاً للكتاب والسنة، وإنما البطلان حينئذ من دليل خارج يشترط عدم منافاة الشرط لهما، هذا بالإضافة إلى أن بطلان الشرط لا يوجب فساد العقد، ولذا قال أخيراً: وإن كان الظاهر صدق العنوان عرفاً.

{وعن الشيخ الطوسي فيما إذا اشترط المالك على العامل بضاعة بطلان الشرط دون العقد في أحد قوليه} لأن الشرط الفاسد ليس بمفسد {وبطلانهما في قوله الآخر} حكاهما المسالك عن الشيخ في المبسوط، وأشكل عليه المستمسك وغيره بأن النسبة غير ظاهرة، واستدل بأن عبارة المبسوط لا تدل على القولين، لأن ما ذكره الشيخ أولاً كان وجهاً لا قولاً، وهو كذلك، لكن صريح الشرائع والتذكرة أن في المسألة قولين.

وكيف كان، فقد {قال} الشيخ في وجه بطلانهما: {لأن العامل في القراض لا يعمل عملاً بغير جعل ولا قسط من الربح} واللازم أن يكون القسط واضحاً

وإذا بطل الشرط بطل القراض، لأن قسط العامل يكون مجهولاً، ثم قال: وإن قلنا إن القراض صحيح والشرط جائز لكنه لا يلزم الوفاء به، لأن البضاعة لا يلزم القيام بها، كان قوياً.

وحاصل كلامه في وجه بطلانهما: أن الشرط المفروض

وإلا صار القسط مجهولاً، والجهل بالقسط يوجب انتفاء المضاربة، لأنه خلاف مقتضى العقد، فهو مثل أن يقول: قارضتك على شيء من الربح.

{وإذا بطل الشرط} لجهالته {بطل القراض} إذ الشرط خلاف مقتضى العقد {لأن قسط العامل يكون مجهولا} لأن الشرط قد بطل، وإذا بطل ذهب من نصيب العامل وهو النصف قدر ما زيد فيه لأجل البضاعة، وذلك القدر مجهول وإذا ذهب من المعلوم مجهول كان الباقي مجهولاً، ولهذا بطل القراض.

{ثم قال} الشيخ: {وإن قلنا إن القراض صحيح والشرط جائز} لأنه ليس خلاف الكتاب والسنة {لكنه لا يلزم الوفاء به} لأنه في ضمن عقد جائز والشرط في ضمن العقد الجائز جائز، {لأن البضاعة لا يلزم القيام بها، كان قوياً}.

ويأتي مثل هذا الكلام في كل شرط لا يلزم القيام به وإن كان الشرط موجباً لجهل مقدار حصة أحدهما الموجب لجهل حصة كليهما، حيث إن الجهالة في أحد الطرفين في الأعداد وسائر أقسام الكم والكيف يوجب جهالة كلا الطرفين، فإذا قسمت الحمرة الشديدة ــ ذات عشر درجات مثلاً ــ إلى قسمين لم يعلم أن في الطرف الأيمن كم درجة من الشدة، لم يعلم شدة الطرف الأيسر.

{وحاصل كلامه في وجه بطلانهما} العقد والشرط {أن الشرط المفروض

مناف لمقتضى العقد فيكون باطلاً، وببطلانه يبطل العقد، لاستلزامه جهالة حصة العامل من حيث إن للشرط قسطاً من الربح، وببطلانه يسقط ذلك القسط، وهو غير معلوم المقدار

مناف لمقتضى العقد فيكون باطلاً} فإن أدلة الشرط لا تشمل الشرط المنافي لمقتضى العقد.

{وببطلانه يبطل العقد لاستلزامه جهالة حصة العامل} وقد عرفت أن جهالتها توجب جهالة حصة المالك أيضاً {من حيث إن للشرط قسطاً من الربح}، وكذلك في سائر الشروط في العقود، فإذا باعه بدينار بشرط أن يخيط المشتري ثوبه وكانت أجرة الخياطة درهماً، كان معنى ذلك أنه باعه بدينار ودرهم وهكذا.

{وببطلانه يسقط ذلك القسط، وهو غير معلوم المقدار} وهذا غير كلي أن كل شرط فاسد مفسد، فإنه وإن لم نقل بذلك الكلي نقول بإفساده في المقام، لما عرفت من منافاته لمقتضى العقد.

وكيف كان، فما يستفاد من كلام الشيخ في وجه بطلان مثل هذه المضاربة أمران:

الأول: إن عقد المضاربة إنما يكون إذا كان من طرف عمل، ومن طرف مال، وهذا لا يتحقق فيما إذا وضع المالك على العامل عملين {عمل المضاربة} و{عمل البضاعة} وجعل المال في مقابل المضاربة فقط، ومعنى ذلك أن يكون على العامل عمل بدون حصة ربح.

الثاني: إن الشرط إذا بطل ـــ لأنه خلاف مقتضى العقد، كما ظهر وجهه

وفيه منع كونه منافياً لمقتضى العقد، فإن مقتضاه ليس أزيد من أن يكون عمله في مال القراض بجزء من الربح، والعمل الخارجي ليس عملاً في مال القراض، هذا مع أن ما ذكره من لزوم جهالة حصة العامل بعد بطلان الشرط ممنوع، إذ ليس الشرط مقابلاً بالعوض في شيء من الموارد

في الأول ـــ صارت حصة العامل مجهولة، إذ حصة العامل النصف إذا كان يعمل البضاعة أيضاً، فإذا لم يعمل البضاعة {لأنه شرط فاسد} لم يعلم كم قدر حصة العامل.

وأجاب المصنف عن أولهما بقوله: {وفيه منع كونه منافياً لمقتضى العقد، فإن مقتضاه} أي مقتضى العقد {ليس أزيد من أن يكون عمله في مال القراض بجزء من الربح} فمال من المالك وعمل قراض من العامل، ولكلٍ جزء خاص من الربح.

{والعمل الخارجي} وهو البضاعة المشروطة على العامل {ليس عملاً في مال القراض) حتى يقال: بأنه عمل من العامل بدون ربح له من المالك.

{هذا مع أن ما ذكره} في إشكاله الثاني: {من لزوم جهالة حصة العامل بعد بطلان الشرط ممنوع} فإن الربح الذي للعامل إنما هو في قبال عمله المضاربي، لا في قبال عمله المضاربي وعمله البضاعي معاً، {إذ ليس الشرط مقابلاً بالعوض في شيء من الموارد} فإذا باعه كتاباً بدرهم بشرط أن يكنس البائع دار المشتري، لم يكن الدرهم في

مقابل الكتاب والكنس، بل الدرهم في قبال الكتاب فقط، والشرط أمر خارجي التزمه البائع في ضمن العقد، فإذا انتفي الكنس لم يكن أحد طرفي العقد مجهولاً.

{وإنما يوجب زيادة العوض} فإن المالك أعطى زيادة للعامل في قبال عمله المضاربي، وداعيه في إعطائه هذه الزيادة أن العامل يعمل له البضاعة، وفرق واضح بين الداعي وبين الجزء من المعاملة، فإن الإنسان قد يعطي ديناراً للخطيب لأنه قرأ خطاباً، وقد يعطيه ديناراً في قبال أنه خطب خطاباً.

{فلا ينقص من بطلانه} أي بطلان الشرط {شيء من الحصة حتى تصير مجهولة} وتوجب جهالته بطلان المعاملة.

أما ما ذكره المستمسك من الإشكال على الشيخ بقوله: (كان الأولى في الإشكال عليه أن يقال إذا كان الشرط ملحوظاً عوضاً عن العمل، فبطلانه يوجب بطلان المعاوضة، وحصول الجهالة لانتفاء المعاوضة بانتفاء أحد طرفيها، وإذا لم يكن ملحوظاً عرضاً فلا جهالة في العوض).

فيرد عليه بالإضافة إلى أن اللازم أن يقول: {إذا كان الشرط ملحوظاً عوضاً عن الربح} لأن الشرط من المالك على العامل، فالمالك يعطيه الربح في قبال عملين، عمل المضاربة وعمل البضاعة، وأنه لم يظهر وجه للأولوية.

نعم أشكل المستمسك على ضرر الجهالة بقوله: (لو سلم الجهالة في العوض على هذا النهج فإنها غير قادحة في البيع، كما إذا باع ما يملك وما لم يملك

فضلاً عن المقام الذي لا تقدح فيه جهالة وجود الربح ولا جهالة مقداره التعييني وإن كان معلوماً بالحصة المشاعة، كما أشكل غيره أيضاً ببيع ما يملك وما لا يملك).

أقول: الإشكال وارد حيث إن الجهالة المطلقة ضارة، لا الجهالة بالقدر الواقع إزاء كل جزء، وإنما يضر الأول دون الثاني لأن دليل نهي النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر[1] لا يشمل إلا الأول، فحال الجهالة في المقامين {ما لم يملك وما لم يملك} حال ما إذا اشترى داراً وبستاناً بألفين، و لم يعلم أن أياً منهما بإزاء كم من العوض.

ثم على ما ذكرناه من جواز الجهالة بالنسبة إلى العين، يجوز أن يشتري الدار بقدر من النقد يكون ذلك النقد في قبال الدار إذا بيعت هي والبستان بألفين، وذلك لأن النسبة معلومة في الواقع عند العرف، وإن لم يعرفها المتبايعان.

ولذا يجوز أن يشتري وسقاً من الحنطة بدينار في بلد يعرف قدر الوسق، وقيمة الدينار {قوته الشرائية} وإن كان الطرفان غريبين لا يعرف هذا المشتري كم قدر الوسق بوزن بلادهم {حيث الوزن في بلده بالحقق} ولا يعرف البائع قيمة الدينار بقوته الشرائية في بلادهم {حيث النقد في بلده الدرهم} والمسألة وإن كانت بحاجة إلى التأمل، إلا أنها في الجملة حسب القواعد.

{وأما ما ذكره} الشيخ {في قوله: وإن قلنا إلخ، فلعل غرضه أنه إذا لم يكن

(١) الوسائل: ج١٢ ص٢٦٦ الباب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه ح١٢.

الوفاء بالشرط لازماً يكون وجوده كعدمه فكأنه لم يشترط، فلا يلزم الجهالة في الحصة، وفيه: إنه على فرض إيجابه للجهالة لا يتفاوت الحال بين لزوم العمل به وعدمه، حيث إنه على التقديرين زيد بعض العوض لأجله

الوفاء بالشرط لازماً يكون وجوده كعدمه فكأنه لم يشترط} فكما أنه إذا لم يكن شرط لم يكن هناك ما يضر بالمضاربة، فكذلك إذا كان شرط لكنه كان وجوده كعدمه.

{فلا يلزم الجهالة في الحصة} الظاهر أن غرض الشيخ ما ذكره المستمسك بقوله: (غرضه تضعيف ما ذكره أولاً، واختيار صحة الشرط، وعدم وجوب الوفاء به لخصوصية في مضمونه، وهو البضاعة التي هي من العقود الجائزة، لا القصور فيه. أما إشكاله على الماتن بأنه إذا كان غرض الشيخ ما ذكره الماتن كان الأولى تقريره، بناءً على البطلان، لأن الباطل أولى أن يكون وجوده كعدمه، فكأنه لم يشترط)، انتهى.

فلم يظهر وجهه، لأنه إذا كان الشرط باطلاً أوجب الضرر بوجوده، وهو ما ذكره أولاً بأنه يوجب الجهالة، فكيف يقال: إن وجوده كعدمه.

{و} كيف كان فـــ {فيه: إنه على فرض إيجابه} أي إيجاب الشرط {للجهالة لا يتفاوت الحال بين لزوم العمل به وعدمه، حيث إنه على التقديرين زيد بعض العوض لأجله}، لكن يرد على المصنف أنه كما تقدم أضرب الشيخ عن كلامه

هذا وقد يقرر في وجه بطلان الشرط المذكور أن هذا الشرط لا أثر له أصلا، لأنه ليس بلازم الوفاء، حيث إنه في العقد الجائز، ولا يلزم من تخلفه أثر التسلط على الفسخ، حيث إنه يجوز فسخه، ولو مع عدم التخلف

الأول إلى قوله: (وإن قلنا ...) فبني على صحة كل من العقد والشرط غير أنه لا يجب الوفاء بالشرط لخصوصية في مضمونه، فلا يرد عليه قول المصنف: (وفيه ...)، ولذا أشكل عليه السيد الجمال بقوله: (بعد أن كان مرجع هذا الوجه الأخير إلى المنع عن كون الشرط في ضمن العقود الجائزة بمترلة الضميمة لأحد العوضين وكان وجوده كعدمه، وكأنه لم يشترط فلا يقع من العوض الآخر شيء بإزائه على كل من تقديري صحته أو فساده، وإذا كان كذلك فمن أين يفرض إيجاب فساده جهالة العوض، وهل هو إلا من فرض إيجاب الشيء لما يلازم نقيضه).

{هذا وقد يقرر في وجه بطلان الشرط المذكور} شرط البضاعة على العامل بما ذكره الجواهر بـــ {أن هذا الشرط لا أثر له أصلاً، لأنه ليس بلازم الوفاء، حيث إنه في العقد الجائز} الذي هو المضاربة، وكل شرط في العقد الجائز غير لازم الوفاء، كما تقدم أنه المشهور بينهم.

{ولا يلزم من تخلفه أثر التسلط على الفسخ، حيث إنه يجوز فسخه ولو مع عدم التخلف}، فإن الشرط له آثار منها أثر تكليفي هو وجوب الوفاء به، وبه يكون إيصال الحق إلى صاحب الشرط، فإنه وإن كان في نفع الغير، كما إذا شرط البائع على المشتري إعطاءه خبزاً للفقير، فإن الإعطاء حق للبائع إذا أعطاه المشتري للفقير فقد أعطى حق البائع، وكذلك إذا شرط عليه قراءة سورة

وفيه أولاً: ما عرفت سابقاً من لزوم العمل بالشرط في ضمن العقود الجائزة ما دامت باقية و لم تفسخ، وإن كان له أن يفسخ حتى يسقط وجوب العمل به.

وثانياً: لا نسلم أن تخلفه لا يؤثر في التسلط على الفسخ

من القرآن بثواب أب المشتري مثلا.

ومنها وضعي هو جواز الفسخ مع التخلف، إن قلنا بوجود الحكم الوضعي كما هو المشهور. ومنها أنه إذا لم يف به المشروط عليه كان للشارط إلزامه به بسبب الحاكم، ومنها حق المشروط له أن يبطل ما كان خلاف الشرط إذا كان مما يقبل البطلان، كما إذا اشترطت على الزوج أن لا يتزوج عليها فتزوج، فإن لها حق الإبطال للنكاح الجديد، إلى غير ذلك مما ذكروا في مسألة الشرط، وإن كان بعضها محل تأمل.

وعلى أي حال، فلا يترتب على الشرط في المقام أي أثر يجب الوفاء به، ولا يأتي حق الفسخ من قبل تخلف الشرط ولا للشارط إلزام المشروط عليه إذا لم يف.

{وفيه أولاً: ما عرفت سابقاً} من اختيار المصنف {لزوم العمل بالشرط في ضمن العقود الجائزة ما دامت باقية و لم تفسخ، وإن كان له} أي المشروط عليه {أن يفسخ} العقد {حتى يسقط وجوب العمل به} أي بالشرط.

{وثانياً: لا نسلم أن تخلفه لا يؤثر في التسلط على الفسخ} إذا الفسخ على قسمين: فسخ من جهة جواز العقد، وفسخ من جهة تخلف الشرط، وأحدهما غير الآخر

إذ الفسخ الذي يأتي من قبل كون العقد جائزاً إنما يكون بالنسبة إلى الاستمرار، بخلاف الفسخ الآتي من تخلف الشرط، فإنه يوجب فسخ المعاملة من الأصل

{إذ الفسخ الذي يأتي من قبل كون العقد جائزاً إنما يكون بالنسبة إلى الاستمرار}، فإذا عقد أول الشهر وفسخ وسط الشهر يكون الفسخ من وسط الشهر، ويترتب آثار العقد من أول الشهر إلى وسطه.

{بخلاف الفسخ الآتي من تخلف الشرط، فإنه يوجب فسخ المعاملة من الأصل} وإنما أتى هذا الفرق، لأن في العقد الجائز لا دليل على أكثر من كون الفسخ من حين الفسخ، لا من أول زمان العقد، ولذا تكون كل الآثار من أول العقد إلى حين الفسخ للطرف المنتقل إليه ونحوه، فإذا وكل زيداً في اشتراء عشرة دور وكانت له من الأجرة لكل اشتراء دينار، فاشترى خمسة وفسخ أحدهما كان للمشتري على البائع خمسة دنانير، لا أجرة المثل لكل اشتراء، بتوهم أن الفسخ من الأصل فعليه أجرة المثل، «لئلا يتوى عمل المسلم».

أما الفسخ في العقد اللازم لتخلف الشرط، فهو فسخ من حين العقد، لأن العقد أنيط بهذا الشرط، فإذا لم يحصل الشرط كان للشارط أن يبطل العقد من أصل، حيث لم يف المشروط عليه بشرطه، وهكذا يكون حال العقد الجائز، لوحدة العلة فيهما، لكن ربما يورد على ذلك أن الفسخ في العقد اللازم أيضاً من حين الفسخ، ولذا فإذا تزوج البنت ثم فسخ عقدها، لأن فيها أحد مجوزات الفسخ، بقيت الأم حراماً، وكذلك سائر أقسام المحرمات بالمصاهرة إذا حصل

فإذا فرضنا أن الفسخ بعد حصول الربح فإن كان من القسم الأول اقتضى حصوله من حينه، فالعامل يستحق ذلك الربح بمقدار حصته، وإن كان من القسم الثاني يكون تمام الربح للمالك

فسخ من أي منهما، وذلك لأنه حصل النكاح المحرم بالإطلاق، ولا دليل على أن الفسخ يجعله كأن لم يكن.

وكذلك إذا حلف أن لا يبيع ثم باع بالشرط وفسخ كان عليه الحنث، حيث إن الفسخ لا يجعل البيع كأن لم يكن، إلى غير ذلك من الأمثلة.

وإن شئت قلت: إن مقتضى الأدلة كون الفسخ من حين الفسخ، لأن تأثيره أثراً رجعياً في ما سبق بحاجة إلى الدليل، والأصل عدمه، إلا إذا كان في مورد دليل خاص، ويدل على ما ذكرناه ما ورد من أن النماء في مدة الخيار للمشتري إذا حصل الفسخ.

وكيف كان، فموضع المسألة ليس هنا، وإنه أردنا الإلماع إليه.

أما على ما ذكره المصنف: {فإذا فرضنا أن الفسخ بعد حصول الربح فإن كان من القسم الأول} الذي يكون أثر الفسخ من حين الفسخ، لا من الأصل {اقتضى حصوله من حينه، فالعامل يستحق من ذلك الربح مقدار حصته} بالنسبة، فإذا كان له النصف كان له نصف الربح الحاصل إلى حين الفسخ وهكذا، سواء زادت الحصة عن الأجرة أو نقصت أو ساوت، وإن كان في المساوي لا يظهر أثر عملي للفرق بين الحصة والأجرة.

{وإن كان من القسم الثاني} الذي يكون أثر الفسخ من الأصل وكأنه لم يحصل عقد أصلا {يكون تمام الربح للمالك} لأنه نماء ملكه، والمفروض أن العقد صار كأن لم يكن، وقد جعل هذا في جامع المقاصد مقتضى النظر،

ويستحق العامل أجرة المثل لعمله، وهي قد تكون أزيد من الربح، وقد تكون أقل، فيتفاوت الحال بالفسخ وعدمه إذا كان لأجل تخلف الشرط.

لكن الجواهر قال: إنه لا يمكن التزام فقيه به، وإنه لا ينطبق على القواعد.

أقول: هذا بالإضافة إلى ما ذكرناه مكرراً من عدم استقامة كون نماء الملك للمالك، لأنه ناتج العمل والملك معاً، فاللازم أن يكون بينهما.

{و} كيف كان، فعلى رأي المصنف {يستحق العمامل أجرة المثل لعمله، وهي قد تكون أزيد من الربح، وقد تكون أقل} وقد تقدم أن احتمال أن يكون له أقل الأمرين، لأن الحصة إذا كانت أقل لا حق له في التفاوت بينهما وبين الأجرة، لأنه بنفسه أهدر التفاوت، حيث دخل على أن يكون له بقدر الحصة فقط، غير تام، بعد أن كان دخوله كذلك إنما كان حيث العقد، لا أنه دخل مطلقاً ولو لم يكن عقد.

{فيتفاوت المال بالفسخ وعدمه} أي عدم الفسخ، وإن كان فسخ آخر من جهة جواز {العقد إذا كان لأجل تخلف الشرط} فقد يكون له حصة أقل أو أكثر من الأجرة، وقد يكون له أجرة أقل أو أكثر من الحصة.

وكيف كان، فإشكال المصنف على الجواهر غير ظاهر، وإن جعله المستمسك ظاهراً، وغالب من وجدهم من المعلقين سكتوا على المصنف في إشكاله على الجواهر، إلا أن أحدهم قال عند قول المصنف: {بخلاف الفسخ الآتي من تخلف الشرط}: (الظاهر عدم الفرق بين الصورتين في كون الانفساخ من حين الفسخ)، انتهى.

ولعله أراد ما ذكرناه، والله العالم.

(مسألة ٣٤): يملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره من غير توقف على الإنضاض أو القسمة، لا نقلاً ولا كاشفاً على المشهور، بل الظاهر الإجماع عليه، لأنه مقتضى اشتراط كون الربح بينهما

(مسألة ٣٤): {يملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره، من غير توقف على الإنضاض} بأن يصبح الربح نقداً {أو القسمة} بأن يكون له حق قبل القسمة فإذا قسم كان له ما قسم له {لا نقلاً ولا كشفاً} فالإنضاض والقسمة لا ينقلان الربح إلى العامل، كما أنهما لا يكشفان عن كون الربح كان للعامل قبل ذلك، فلا مدخلية لهما إطلاقاً، بل وجودهما كعدمهما في أن الملك للعامل حصل بمجرد الربح، وقولهم ظهور الربح يراد به عالم الثبوت، لا عالم الإثبات، كما هو واضح.

{على المشهور، بل الظاهر الإجماع عليه} ولذا قال المسالك: لا يكاد يتحقق فيه مخالف ولا نقل في كتب الخلاف عن أحد من أصحابنا ما يخالفه، ونحوه من غيره.

نعم في القواعد: ويملك بالظهور لا بالإنضاض على رأي.

قال في المستمسك: وظاهره التوقف وعدم انعقاد الإجماع عليه.

{لأنه مقتضى اشتراط كون الربح بينهما}، فإذا حصل ربح كان بينهما.

وإشكال المستمسك وغيره عليه بأن الشرط إنما اقتضى الملك على تقدير الوجود لا أنه يقتضي الوجود، كما هو المدعى. ومنه يظهر الإشكال في قوله: (ولأنه مملوك)، انتهى.

غير وارد، لأن الحكم وهو {للعامل} كان مرتباً على الموضوع وهو {الربح}، فإذا حصل الربح حصل الحكم، فادعاء عدم الملك مع قبول تحقق {الربح} غير ظاهر الوجه.

ولأنه مملوك وليس للمالك فيكون للعامل، وللصحيح: رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لا يعلم، قال (عليه السلام): «يقوّم فإن زاد درهماً واحداً انعتق

{ولأنه مملوك} إذ ليس من المباحات الأصلية، ولا مثل الوقف.

{وليس للمالك} لفرض أنه زائد على حصة المالك، كما ليس لغيرهما بالضرورة.

{فيكون للعامل}، والإشكال عليه، كما في بعض الحواشي: (إن الربح قبل الإنضاض ليس أمراً موجوداً في الخارج حتى يكون مملوكاً، بل ولا يعتبر العقلاء للربح وجوداً في مقابل العين مملوكاً بملكية ما وراء ملكية العين) انتهى.

غير وارد، إذ الربح أمر عرفي وليس دقياً وهو حاصل، وقوله بعدم اعتبار العقلاء خلاف ما يظهر من مراجعة العرف، ولذا يؤخذ من مثل هذا العامل الضرائب في الحكومات الحاضرة، ويفرح العاملون بهذا الظهور، ويكذبون إذا ادعوا أنهم لا يملكون شيئاً، إلى غير ذلك.

{وللصحيح} الذي رواه المشايخ الثلاثة، عن الصادق (عليه السلام) قال: قلت له: {رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لا يعلم}، أي فهل يعتق الأب على العامل، حيث إن الإنسان لا يملك العمودين.

{قال (عليه السلام): «يقوم} الأب {فإن زاد درهماً واحداً} هذا من باب المثال كما لا يخفى، إذ زيادة دانيق له نفس الحكم أيضاً {انعتق} لبناء العتق على التغليب

واستسعى في مال الرجل»، إذ لو لم يكن مالكاً لحصته لم ينعتق أبوه، نعم عن الفخر عن والده أن في المسألة أربعة أقوال، ولكن لم يذكر القائل ولعلها من العامة.

{واستسعى} العبد {في مال الرجل»}[1] المالك، لأن الزائد من حصة العامل للمالك، وجه الاستدلال بهذا الصحيح أنه {إذ لو لم يكن} العامل {مالكاً لحصته} بمجرد زيادة درهم {لم ينعتق أبوه} فإن العتق إنما هو فيما إذا كان العامل مالكاً لشيء.

وردّ المستمسك للمصنف بقوله: (هذا أول الكلام، بل من الجائز الانعتاق بذلك وارتكابه أهون من ارتكاب ملك العامل بالظهور، إذ تحقق أنه لا وجود له) غير ظاهر، إذ لا وجه للانعتاق إلا الملك، كما يفهم من روايات الانعتاق لمن ملك العمودين، وليس كلام المصنف في الاستحالة العقلية، بل كلامه في الظهور العرفي وهو حاصل، فرده بـــ (الجائز) خلاف القاعدة.

نعم الأدلة العقلية ترد إذا كان خلاف المدلول ممكناً، ولذا قالوا (إذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال) إنما هو في الأدلة العقلية، لا في الظهورات العرفية المستفادة من الأدلة اللفظية.

{نعم عن الفخر عن والده} العلامة {أن في المسألة أربعة أقوال} كما نقله المسالك وغيره عنه {ولكن لم يذكر القائل ولعلها من العامة} كما ذكر بعضها التذكرة عنهم.

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٨٨ الباب ٨ من أبواب المضاربة ح١.

أحدها: ما ذكرنا.

الثاني: إنه يملك بالإنضاض، لأنه قبله ليس موجوداً خارجياً، بل هو مقدر موهوم.

الثالث: إنه يملك بالقسمة، لأنه لو ملك قبله لاختص بربحه و لم يكن وقاية لرأس المال.

الرابع: إن القسمة كاشفة عن الملك سابقاً، لأنها توجب استقراره، والأقوى ما ذكرنا لما ذكرنا.

{أحدها: ما ذكرنا} من ملك العامل للربح بمجرد الظهور.

{الثاني: إنه يملك بالإنضاض، لأن قبله ليس موجوداً خارجياً، بل هو مقدر موهوم} وقد ذكر هذا التعليل الإيضاح لهذا الوجه، ورده المستمسك بأنه إن تم اقتضى نفي الأول لا إثبات الثاني، وفيه: إنه يثبت الثاني بمقدمة مطوية هي عدم الشك في كونه لدى الانضاض للعامل، لأنه حينئذ موجود خارجي.

{الثالث: إنه يملك بالقسمة} فالإنضاض لا يكفي في ملكية العامل له {لإنه لو ملك قبله لاختص بربحه} كما ذكره الإيضاح تعليلاً لهذا الوجه، ورده له بأنه إنما ينفي الأولين ولا يثبت الثالث، فيه ما تقدم في الثاني.

{و لم يكن وقاية لرأس المال} فكونه وقايةً دليل على عدم ملك العامل له قبل القسمة.

{الرابع: إن القسمة كاشفة عن الملك سابقاً} بظهور الربح {لأنها} أي القسمة {توجب استقراره} فالفرق بينه وبين الثالث أن القسمة في الثالث ناقلة، وفي هذا كاشفة، وأثر الفرق المذكور يظهر مما ذكروه في الكشف والنقل في التصرف الذي يتعقب المعاطاة، وفي مسألة بيع الفضول وغيرهما.

{والأقوى ما ذكرنا} من القول الأول {لما ذكرنا} من الدليل.

{ودعوى} القول الثاني {أنه ليس موجوداً، كما ترى} إذ لو أريد به الوجود الذي يحصل بالإنضاض فذلك مما لم يدعه أحد، ولو أريد به الوجود الاعتباري الذي هو ميزان جملة من الماليات مما يجعله العقلاء محور الأخذ والعطاء فهو موجود، ولذا يجعله العقلاء منشأ الآثار.

{و} إن قلت: الموجود هو العين فقط، والعين لم يزد فيها، والقيمة وإن زيدت إلا أنها ليست شيئاً خارجياً، بل هي أمر وهمي، والأمر الوهمي لا يعقل أن يكون ملكاً، لأن ثبوت شيء لشيء فرع ثبوت المثبت له.

قلت: {كون القيمة أمراً وهمياً ممنوع} لأن الأمر الوهمي لا يكون منشأ اعتبار العقلاء، والآثار التي يرتبونها على الموجود، فإذا رأيناهم يرتبون الآثار على القيمة ظهر من ذلك أن للقيمة وجوداً عندهم، ومثل هذا الوجود كاف في أن يكون مملوكاً.

ومنه يعلم أن قول المستمسك: (إن الدعوى المذكورة في محلها ولذلك كان المعروف بينهم عدم وجوب الخمس في ارتفاع القيمة، وأفتى به المنصف في كتاب الخمس، وقوله (ممنوع) غير ظاهر، إذ القيمة عبارة عن المالية التي تكون في العين، ولا شك أنها أمر اعتباري ناشئ عن حدوث الرغبة في العين المصحح للتنافس عليها عند العقلاء وبذل المال بإزائها، وليس لها وجود عيني في الخارج) انتهى.

غير ظاهر الوجه، فإن المعروف من عدم الخمس في ارتفاع القيمة محل منع، مع أنه يصدق عليه الغنيمة والفائدة، ألا يقال إن فلاناً استفاد فائدة

كبيرة إذا صار رأس ماله على الضعف، وقد فسر غير واحد الغنيمة بالفائدة، وكذلك يقال غنم غنيمة كبيرة.

وقول الجواهر (بأن الربح حقيقة ما زاد على عين رأس المال) مصادرة، وادعاء أن العرف واللغة يقتضيان ذلك أول الكلام، بل الظاهر منهما أعم من ذلك، كما يجده المراجع إلى العرف وإلى اللغة المأخوذة أيضاً من العرف.

وأما قول المستمسك: (المنع غير ظاهر)، ففيه: بالإضافة إلى النقض بأنه لو لم يكن ارتفاع القيمة شيئاً فلماذا يبذل المال بإزائه، أن العين كانت في قبال عشرة، فلماذا صارت الآن في قبال عشرين، أليس هناك روح سار في هذه العين قد يكون معادلاً لعشرة وقد يكون معادلاً لعشرين.

فإن القيمة كما حققه الاقتصاديون ويراه العرف، روح سار في الأعيان باعتبار ذلك الروح تكون عين تساوي عيناً أو أقل منها أو أكثر، فكل من مقدار خاص من اللبن والتمر والزبد والجبن فيه شيء يجعل اللبن بقدر التمر قيمة وأكثر من الزبد وأقل من الجبن مثلاً، وبالارتفاع والانخفاض العين لم تتبدل، فما الذي بدل إذا لم تكن القيمة أمراً واقعياً وموجوداً في عالم الاعتبار.

وقد حقق في محله أن الأمور الاعتبارية والأمور الانتزاعية لها وجودات في عوالمها، كما أن الأعيان الخارجية لها وجودات في عوالمها، وتلك الوجودات هي محل الآثار الشرعية والعقلية، وكما لا يضر عدم وجود العين في عالمي الاعتبار والانتزاع، كذلك لا يضر عدم وجود الأمور الاعتبارية و

مع أنا نقول: إنه يصير شريكاً في العين الموجودة بالنسبة، ولذا يصح له مطالبة القسمة مع أن المملوك لا يلزم أن يكون موجوداً خارجياً، فإن الدين مملوك، مع أنه ليس في الخارج

الانتزاعية في عالم الأعيان، ولم يدع أحد أن للارتفاع وجوداً في الأعيان الخارجية حتى يرده المستمسك بأن القيمة ليس لها وجود عيني في الخارج، وكان الأولى في المقام إحالة الأمر إلى العرف حتى لا يحتاج إلى ذكر الأمور الدقية.

{مع أنا نقول:} إذا سلمنا عدم وجود قيمة يشترك فيها العامل لأنها أمر وهمي {إنه} أي العامل {يصير شريكاً في العين الموجودة بالنسبة}، وذلك بعد تسليم ثلاث مقدمات: هي أن الربح موجود عرفاً، وأن العامل شريك في الربح، وأنه لا مكان للشركة إلا العين، فاللازم الاشتراك في العين.

{ولذا} الذي هو شريك فعلي {يصح له مطالبة القسمة} حيث إن العامل له إبطال المضاربة، ولولا حقه في الربح بعد الإبطال فمن أين له المطالبة بالقسمة؟

ومنه يعرف وجه النظر في كلام المستمسك حيث قال: (لا وجه له، لأنه إذا لم يكن له ربح فلا ملك للعامل في الذمة ولا في العين) انتهى.

ثم نأتي لنسلّم أن القيمة ليست عيناً خارجية، ونسلّم أن العامل ليس شريكاً في العين، لكنا نقول: العامل مالك لهذه القيمة التي ليست خارجية، وذلك ما أشار إليه بقوله: {مع أن المملوك لا يلزم أن يكون موجوداً خارجياً، فإن الدين مملوك، مع أنه ليس في الخارج} فإذا طلب زيد من عمرو ديناراً قال: إني أملك ديناراً، عرفاً وشرعاً، مع أن الدينار ليس في الخارج، فإذا صح ذلك في

ومن الغريب إصرار صاحب الجواهر على الإشكال في ملكيته، بدعوى أنه حقيقة ما زاد على عين الأصل، وقيمة الشيء أمر وهمي لا وجود له لا ذمة ولا خارجاً، فلا يصدق عليه الربح، نعم لا بأس أن يقال: إنه بالظهور ملك أن يملك، بمعنى أن له الإنضاض فيملك

الدين فأي مانع أن يصح في القيمة التي ليست بعين خارجية، وقد رد ذلك المستمسك بما لا يعلم مراده قال: (هذا مسلّم، إلا أنه لما كان له مطابق خارجي ومصداق عيني، صح أن يكون مملوكاً، وليس كذلك القيمة المالية) انتهى.

فإنه إذا انتهت النوبة إلى مثل هذا كان العكس أولى، إذ القيمة لها مطابق خارجي ومصداق عيني هي العين الموجودة، بينما الدين الذي في ذمة إنسان ليس له مطابق خارجي ولا مصداق عيني.

{ومن الغريب إصرار صاحب الجواهر على الإشكال في ملكيته} أي ملكية الربح {بدعوى أنه حقيقة ما زاد على عين الأصل} لأن الأصل على حاله وإنما المفروض ارتفاع القيمة.

{وقيمة الشيء أمر وهمي لا وجود له لا ذمةً ولاخارجاً} إذ ليس في ذمة المالك ولا له في الخارج عين، لفرض بقاء العين على حالها.

{فلا يصدق عليه الربح} وحيث لا يمكن إنكار أنه حدث شيء بارتفاع القيمة، إذ تختلف حال ما قبل زيادة القيمة وعند زيادة القيمة، قال: {نعم لا بأس أن يقال: إنه بالظهور} للربح {ملك} العامل {أن يملك، بمعنى أن له الانضاض فيملك} إذ نض المال، وهل هذا الكلام (نعم) إلاّ تحاش من أمر عرفي وحقيقة

وأغرب منه أنه قال: بل لعل الوجه في خبر عتق الأب ذلك أيضاً، بناءً على الاكتفاء بمثل ذلك في العتق المبني على السراية، إذ لا يخفى ما فيه، مع أن لازم ما ذكره كون العين بتمامها ملكاً للمالك حتى

اعتبارية إلى أمر ليس بعرفي، وإلى ما لا يعتبره العقلاء.

{وأغرب منه أنه قال: بل لعل الوجه في خبر عتق الأب} في الصحيح المتقدم[1] {ذلك} أي ملك العامل أن يملك الربح، فيما اشتري أباه وربح ولو درهماً {أيضاً، بناءً على الاكتفاء بمثل ذلك} أي ملك أن يملك {في العتق المبني على السراية} فكما يحرر الشارع العبد بالسراية، كذلك يحرر الشارع العبد إذا ملك العمودان أن يملكا شيئاً من العبد.

وإنما كان أغرب {إذ لا يخفى ما فيه} إذ لا داعي إلى مثل هذا التكلف بعد أن يرى العرف أن الولد قد ملك شيئاً من أبيه بمجرد ارتفاع قيمة الأب، فاللازم أن يختص أمر العتق بما إذا ملك لا بإضافة ما إذا ملك أن يملك، ولذا لم يذكر ذلك أحد من الفقهاء قبل الجواهر، بل والمشهور بعده أيضاً ذهبوا إلى ما ذهب إليه من قبله (رحمه الله).

قال السيد البروجردي: هذا (أي لعل الوجه...) في غاية الضعف، إذ غاية ما يمكن أن يقال هو أن ملكه لأن يملك أباه موجب لعتق أبيه، وليس هنا كذلك، فإنه ملك أن يملك قيمة أبيه لا نفسه.

{مع أن لازم ما ذكره} الجواهر {كون العين بتمامها ملكاً للمالك حتى

---

(1) الوسائل: ج١٣ ص١٨٨ الباب ١ إذا اشترى أباه ح١.

مقدار الربح مع أنه ادعى الاتفاق على عدم كون مقدار حصة العامل من الربح للمالك، فلا ينبغي التأمل في أن الأقوى ما هو المشهور، نعم إن حصل خسران أو تلف بعد ظهور الربح خرج عن ملكية العامل، لا أن يكون كاشفاً عن عدم ملكيته من الأول

مقدار الربح مع أنه} بنفسه {ادعى الاتفاق على عدم كون مقدار حصة العامل من الربح للمالك} فكيف يمكن الجمع بين هذين الكلامين.

{فلا ينبغي التأمل في أن الأقوى} بل المتعين {ما هو المشهور} من ملك العامل حصته من الربح بمجرد ظهوره، أما كون الربح وقاية لرأس المال، كما ذكره القائل بالقول الثالث، فليس ذلك دليلاً على تمامية ما ذكرناه، وذلك لما ذكره بقوله:

{نعم إن حصل خسران أو تلف بعد ظهور الربح خرج عن ملكية العامل، لا أن يكون} التلف أو الخسران {كاشفاً عن عدم ملكية من الأول}، فالملكية تحصل من حين الظهور للربح، لكنها ملكية غير مستقرة، كما عبر بذلك غير واحد من الفقهاء، وإن قال السيد البروجردي: (إنه ليس بذلك البعيد لأن ما اشترط في العقد كونه بينهما هو ربح تجارته بالمال، لا ربح كل واحد من معاملاته والربح المتعقب بالخسران لا يوجب كون التجارة رابحة حتى يشمله الشرط، ودلالة النص عليه أيضاً لا يخلو من مناقشة، وعلى تقدير حصول الملكية فالظاهر عدم ترتب آثار الملك عليه، لتعلق ضرر المال به، لكونه وقاية لرأس ماله) انتهى.

وعلى ما ذكرنا يترتب عليه جميع آثار الملكية، من جواز المطالبة بالقسمة وإن كانت موقوفة على رضا المالك، ومن صحة تصرفاته فيه من البيع والصلح ونحوهما، ومن الإرث وتعلق الخمس والزكاة وحصول الاستطاعة للحج، وتعلق حق الغرماء به ووجوب صرفه في الدين مع المطالبة، إلى غير ذلك.

ولا يخفى أن النزاع علمي لا أثر له.

{وعلى ما ذكرنا} من أنه ملك متزلزل {يترتب عليه جميع آثار الملكية، من جواز المطالبة بالقسمة} بالنسبة إلى الربح، كما هو شأن كل شريكين في شيء {وإن كانت} القسمة {موقوفة على رضى المالك} إذ القسمة لا تكون إلا برضى الطرف.

نعم إن امتنع الطرف كان له الإجبار بواسطة الحاكم، وإن لم يمكن الإجبار كان له الأخذ من باب التقاص كما ذكرنا ذلك في كتاب القضاء.

{ومن صحة تصرفاته فيه من البيع والصلح ونحوهما} من سائر المعاملات الممكنة شرعاً، وكذلك مثل جعله مهراً، {ومن الإرث} لو مات {وتعلق الخمس والزكاة وحصول الاستطاعة للحج} لأنه مال، فيشمله أدلة تلك الأمور.

{وتعلق حق الغرماء به} في المفلس {ووجوب صرفه في الدين مع المطالبة} وعدم مال له غيره عيناً، أو مع وجود مال آخر له كفايةً {إلى غير ذلك} كوجوب إعطاء نفقة واجبي النفقة منه عيناً أو كفايةً، وأنه لا يكون معسراً حتى ينظر إلى الميسرة، ولزوم وفاء نذره ونحوه منه، ولو فعل بالمال فعل الملاك ثم خسر ونحوه

فإن كانت عينه موجودة استرجعها، أو أعطي بدلها، إذ لا دليل على لزوم كون الوقاية من العين، فإن المفهوم عرفاً من كون الربح وقايةً أنه أو بدله كذلك، كما هو المستفاد من وجوب أداء الأمانة وصرف ربح الوقف ونحوهما، فإذا أعطاه ديناراً أمانةً فأرجع ديناراً كان قد أدة الأمانة ولايعد خائناً.

وكذلك إذا أخذ ربح الوقف، وصرف بقدره في الموقوف عليه، كان عمل بقاعدة «الوقوف على ما وقفها أهلها»، إلى غير ذلك.

ولو لا رؤية العرف الأعم ــ والمفروض أنه هو الذي ألقي إليه الكلام، حسب «إلا بلسان قومه» ونحوه ــ لكان اللازم القول بالخصوصية في العين، ولو للاستصحاب، ولو أجري على العين معاملة ثم ظهرت الخسارة كانت المعاملة فضولية متوقفة على إجازة المالك.

نعم إذا أجري المعاملة على الذمة، ثم جعل الربح وفاءً فسقط الربح، كان عليه أن يفي من مكان آخر.

إلى غيرها من المسائل المرتبطة بالمقام من مختلف أبواب المعاملات.

(مسألة ٣٥): الربح وقاية لرأس المال، فملكية العامل له بالظهور متزلزلة، فلو عرض بعد ذلك خسران أو تلف يجبر به إلى أن تستقر ملكيته، والاستقرار يحصل بعد الانضاض والفسخ والقسمة

(مسألة ٣٥): {الربح وقاية لرأس المال} بلا إشكال ولا خلاف، وفي المسالك إنه محل اتفاقهم، ويدل على ذلك أنه مقتضى العقد، لأن حصة من الربح المجعول للعامل لا تحقق له إذا خسر.

أما ما في المستمسك من أن الربح المجعول للعامل ما زاد على تدارك النقص المالي الحادث من خسران أو تلف، فلا يخفى ما فيه من المسامحة في التعبير، إذ القدر المتدارك لا يسمى ربحاً.

{فملكية العامل به بالظهور متزلزلة} لأنه لا يعلم هل يخسر ونحوه أم لا، فلو لم يخسر ونحوه ظهر أنه كان ملكاً مستقراً لم يعلم به، فإن احتمال الخسران ظاهري، إذ الواقع لا يغير عن واقعه.

{فلو عرض بعد ذلك خسران أو تلف يجبر به} أي بذلك الربح {إلى أن تستقر ملكيته} فلا تزلزل بعد ذلك.

{والاستقرار يحصل بعد الانضاض والفسخ والقسمة} لأن العقد قد انتهى بجميع توابعه، فلا وجه لعدم الاستقرار، فإن مقتضى الملك الاستقرار، إلا إذا دل دليل على عدم استقراره، فلا مجال لاحتمال كون مقتضى الاستصحاب عدم الاستقرار، لأن الاستقرار مرتبة شديدة والأصل عدمه، إذ بالإضافة إلى ما ذكرناه نقول: التزلزل والاستقرار مرتبتان من قبيل نوعين فلا تدرج بينهما حتى يقال

بجريان الاستصحاب في المرتبة النازلة.

وقد ذكرنا مثل ذلك في عقدي الدوام والمتعة، فليست المتعة مرتبة خفيفة والدوام مرتبة شديدة، حتى إذا شك أو اختلفا يكون الأصل مع المتعة، بل مقتضى الأصل أن يكون مع الدوام لأن قيده بالزمن خلاف الأصل، وبدون القيد يكون الدوام.

وقد أشار الجواهر إلى وجه ما ذكره المصنف بقوله: لا ريب في الاستقرار حينئذ ضرورة انتهاء العقد بجميع توابعه مع تراضيهما بذلك.

أقول: وسكت عن المقدمة المطوية، أي ما ذكرناه بقولنا: (فلا وجه...)، وقال في جامع المقاصد: لا بحث في الاستقرار بذلك، وفي المستمسك: لا ريب فيه، وعن الإيضاح: الإجماع عليه، لأنه قال: يستقر بارتفاع العقد وانضاض المال والقسمة عند الكل.

وكيف كان، فإذا اجتمعت الثلاثة {فبعدها إذا تلف شيء لا يحسب من الربح، بل تلف كل} من الأصل والربح للمالك عند المالك والربح للعامل عند العامل {على صاحبه} إذ لا وجه لأن يكون مال إنسان على إنسان آخر، والظاهر أنه يصح الشرط في ضمن عقد لازم على أن يكون التلف بعد الثالثة من كيس غير مالكه، لإطلاق أدلة الشرط.

هذا إذا اجتمعت الثلاثة، أما الثلاثة المفردة الأخر، أي إذا حصل الفسخ وحده بدون الانضاض والقسمة، أو حصل الانضاض فقط، أو القسمة فقط، وكذلك

الثالثة المركبة، أي الانضاض مع الفسخ أو مع القسمة، أو الفسخ مع القسمة، فقد أشار المصنف إليها بقوله:

{ولا يكفي في الاستقرار قسمة الربح فقط مع عدم الفسخ} كما هو المشهور، وجعله في الجواهر بلا ريب، وإن كان يظهر من القواعد حيث قال: إنما يستقر بالقسمة أو بالانضاض والفسخ، أن القسمة كافية في الاستقرار.

ولذا أشكل عليه جامع المقاصد بأن قسمة الربح وحده لا تخرجه عن كونه وقاية لرأس المال، انتهى، إلا أنه لم يظهر له وجه تام، إذ معنى القسمة بناؤهم على أن يكون لكل ما قسم له، فاسترجاعه منه بالخسارة ونحوه يحتاج إلى دليل، ولذا قال في المستمسك: (لا إطلاق لفظي لدليل الوقاية، كي يتمسك به في المقام، وأن العمدة في الوقاية الإجماع والارتكاز العرفي، وليس من الواضح شمولهما لما بعد القسمة) انتهى.

أما تصحيحه بما في بعض التعاليق بأن القسمة فسخ فعلي، فلا يكون التلف بعدها محسوباً من الربح، ففيه: عدم تسليم أن كل قسمة فسخ، كما إذا كان رد المال إلى المالك مع نصيبه من الربح، لاحتمال عروض عارض أو لداع آخر من الدواعي.

{بل ولا قسمة الكل كذلك} يرد عليه أنه لا يكون في قبال ما تقدم من قسمة الربح، وقد ذكر جامع المقاصد أنه لا معنى للقسمة إلاّ قسمة الربح، إذ ليس في رأس

المال شراكة، أما ما ذكره السيد البروجردي وتبعه بعض المعلقين الآخر بقوله: الظاهر إن قسمة الكل لا تنفك عن الفسخ، فيرد عليه ما تقدم من عدم التلازم بين القسمة وبين الفسخ.

{ولا بالفسخ مع عدم القسمة} وكأنه لأن المضاربة لم تتم بعد، وإذا بقي حكم المضاربة يكون الخسران على الربح، لأنه من أحكامها، لكن في الجواهر تبعاً لجامع المقاصد جعله مبنياً على وجوب البيع على العامل بعد الفسخ، وإن قلنا بعدمه فوجهان.

لكن الأقرب أن الفسخ يوجب استقرار الملك، إذ المفروض أن الجبران كان من توابع المضاربة، وقد ارتفعت بالفسخ، ولذا أشكل غير واحد من المعلقين على المصنف، والاستدلال للجبران بالاستصحاب وعموم «على اليد»[1] وصدق مال القراض ليشمله ما دل على أن مال القراض وضعيته من الربح، بضميمة أن عدم صدق أنه مقارض لا ينافي صدق مال المقارضة الذي هو موضوع الحكم المذكور، وأن رأس المال يجب أن يسلم إلى المالك تاماً إذا كان ربح فيشمله له، غير تام ينافي ما قرراه من التسليم التام مع وجود الربح وأن الارتكاز العرفي بقاء الأحكام إلى أن تتحقق القسمة، غير تام على ذكر بعضهم.

إذ يرد على الأول: إنه لا مجال له بعد تبدل الموضوع بالفسخ.

وعلى الثاني: إن المال أمانة بيد العامل فلا يشمله دليل اليد.

وعلى الثالث: إنه كان مال المقارضة، فدليل الجبران لا يشمله، وإلاّ لشمل

---

(١) المستدرك: ج١٣ ص٢١٥ باب نوادر الشهادات ح٥.

فلو حصل خسران أو تلف أو ربح كان كما سبق، فيكون الربح مشتركاً والتلف والخسران عليهما، ويتمم رأس المال بالربح، نعم لو حصل الفسخ و لم يحصل الانضاض ولو بالنسبة إلى البعض وحصلت القسمة فهل تستقر الملكية أم لا.

ما إذا حصل جميع الثلاثة الانضاض والفسخ والقسمة، وهل يقول القائل بذلك ويرى أن خروج ذلك بدليل خاص.

وعلى الرابع: إن التسليم ليس من تتمة المضاربة، كما أن تسليم العين المستأجرة ليس من تتمة الإجارة، إلى غير ذلك، كيف والمفروض أن المضاربة قد ارتفعت بالفسخ.

وعلى الخامس: إن الارتكاز بالعكس، وأنه يقتضي بقاء الأحكام إلى أن تتحقق الفسخ، كما في سائر العقود، فإذا حصل الفسخ وارتفعت المضاربة ارتفعت بكل أحكامها.

ومنه يعلم وجه النظر في قوله: {فلو حصل خسران أو تلف أو ربح كان كما سبق} قبل الفسخ {فيكون الربح مشتركاً والتلف والخسران عليهما ويتمم رأس المال بالرح} بل اللازم أن يكون لكل ماله، ولكل أحكام ماله من الربح والخسران والتلف.

{نعم لو حصل الفسخ و لم يحصل الانضاض ولو بالنسبة إلى البعض وحصلت القسمة} بأن حصل أمران من الأمور الثلاثة الفسخ والقسمة {فهل تستقر الملكية} كما ذهب إليه جامع المقاصد والجواهر والمستمسك وغيرهم من المعلقين الذين ظفرت بتعليقاتهم، لانتهاء أمد المضاربة بالفسخ كما تقدم، {أم لا}، لبعض

إن قلنا بوجوب الانضاض على العامل فالظاهر عدم الاستقرار، وإن قلنا بعدم وجوبه ففيه وجهان، أقواهما الاستقرار.

والحاصل: إن اللازم أولاً دفع مقدار رأس المال للمالك ثم يقسم ما زاد عنه بينهما على حسب حصتهما، فكل خسارة وتلف قبل تمام المضاربة يجبر بالربح، وتماميتها بما ذكرنا من الفسخ والقسمة.

الأدلة السابقة في صورة الفسخ مع عدم القسمة، أم يفصل بما ذكره المصنف بقوله: {إن قلنا بوجوب الانضاض على العامل فالظاهر عدم الاستقرار، وإن قلنا بعدم وجوبه ففيه وجهان، أقواهما الاستقرار} وكأنه لأنه في الأول لم تتم المضاربة، وفي الثاني حيث لا يجب الانضاض، فقد انتهت المضاربة، فلا وجه لعدم الاستقرار، لكنك عرفت أن مقتضى القاعدة الاستقرار مطلقاً.

قال في المستمسك: (الظاهر أن الارتكاز العرفي يساعد على الاستقرار بالقسمة وإن قلنا بوجوب الانضاض على العامل تعبداً).

أقول: لعله أراد بالتعبد بناء العقد على ذلك، لا أنه تعبد شرعي، إذ العقود تتبع القصود، ولذا كان الارتكاز العرفي دليلاً على الاستقرار، إذ لا يظهر من الأدلة الشرعية تصرف الشارع في المضاربة خلاف العرف، بل قد أمضاها الشارع كما سبق أول بحث المضاربة.

{والحاصل: إن اللازم} عند المصنف {دفع مقدار رأس المال للمالك وثم يقسم ما زاد عنه بينهما على حسب حصتهما فكل خسارة وتلف قبل تمام المضاربة يجبر بالربح} ولو كان التلف والخسارة أتى على كل الربح {وتماميتها بما ذكرنا من الفسخ والقسمة}.

ومنه يعلم وجه النظر في كلام السيد الجمال، حيث

قال: محصل ذلك هو أنه لو اجتمعت الأمور الثالثة المذكورة ينتهي عمل المضاربة بذلك، ويخرج الربح من كونه وقاية لرأس المال وتستقر مالكية العامل لحصته، ولو حصل الفسخ والانضاض و لم يحصل القسمة ففي الاستقرار وعدمه وجهان، مبنيان على كون القسمة خارجة عن عمل المضاربة جارية مجرى تميز سائر المشتركات، أو كونها من متمماته.

ولو حصل الفسخ والقسمة بلا انضاض ففيه أيضاً وجهان، مبنيان على انتهاء عمل المضاربة برضى المالك بقسمة العروض أو عدم انتهائه ووجوب الانضاض على العامل، والأقوى هو الأول، ولا يخرج الربح بما عدا ذلك عن كونه وقايةً لرأس المال حتى بالقسمة ناضاً إلا مع الفسخ لا مع عدمه على الأقوى.

(مسألة ٣٦): إذا ظهر الربح ونض تمامه أو بعض منه، فطلب أحدهما قسمته، فإن رضي الآخر فلا مانع منها، وإن لم يرض المالك لم يجبر عليها، لاحتمال الخسران بعد ذلك، والحاجة إلى جبره به

(مسألة ٣٦): {إذا ظهر الربح ونض تمامه أو بعض منه، فطلب أحدهما قسمته، فإن رضي الآخر فلا مانع منها} لأن المال بينهما، وقد رضيا بالقسمة، ثم إن خسر بعد ذلك فإن قيل بمقالتنا في المسألة السابقة من أن القسمة كافية في خروج الربح المقسوم عن كونه يجبر خسران رأس المال فلا إشكال، وإن قيل بمقالتهم من التدارك، فإذا خسر كان اللازم على العامل التدارك.

{وإن لم يرض} العامل بالقسمة، وإنما أراد المالك القسمة، حق للمالك إذ لا وجه لعدم القسمة، مما سيأتي في صورة عدم رضي المالك، فدليل السلطنة يشمل المقام، وسيأتي تتمة الكلام فيه.

وإن لم يرض {المالك} قال المصنف تبعاً للمشهور، بل عن جامع المقاصد والمسالك والجواهر ما يظهر عدم الخلاف فيه:

{لم يجبر} المالك {عليها لاحتمال الخسران بعد ذلك، والحاجة إلى جبره به} كما علله بذلك غير واحد.

ويرد عليه أولاً: إن احتمال الخسران غير مطرد، إذ من الممكن القطع بعدم الخسران.

وثانياً: إن ذلك إنما يمنع إذ أراد العامل التصرف في حصته، أما إذا لم يرد التصرف فلا مانع.

وثالثاً: إن ذلك إنما يمنع من وجوب تمكين العامل من حصته، لا من أصل القسمة.

ورابعاً: يمكن أخذ الكفيل ونحوه من العامل بالتدارك إذا خسر.

وخامساً: إن الاحتمال لا يرفع تسلط الناس على أموالهم[1]، فإن دليل «لا ضرر» لا يشمل احتماله، كما لا يشمل أي دليل احتماله، وما ورد في باب الصوم من أن الصائم إذا خاف على عينه من الرمد إنما ثبت أن حكم الخوف حكم الضرر بدليل خاص، كما ثبت ذلك في احتمال ضرر الوضوء والغسل والصلاة من قيام وما أشبه ذلك.

أما قول المستمسك في الإشكال على ذلك بأن احتمال الضرر المالي غير منفي، ولا مأخوذ موضوعاً للأحكام، نعم احتمال الضرر النفسي منفي فيرفع اللازم إجماعاً، انتهى.

فيرد بأن مقتضى إطلاق «لا ضرر» أن كلاً من الضرر المالي والعرضي والنفسي والجسدي منفي، ويؤيده أن الحديث ورد في الضرر النفسي الذي هو عبارة أخرى عن الحرج، إذ أن سمرة لم يكن يضر الأنصاري مالياً، وإنما كان يضره نفسياً، أي إن الأمر كان حرجاً عليه، فلا يمكن أن لا يشمل الحديث مورده، وكان عدم ذكرهم للضرر النفسي اكتفاءً منهم بذكرهم لدليل الحرج.

أما نفي احتمال الضرر النفسي ــ كما يظهر تسليمه من المستمسك ــ فلم يدل عليه دليل، اللهم إلا أن يريد بالنفسي الجسدي، ويكون الاستدلال حينئذ للنفي ليس بدليل «لا ضرر» لأن الاحتمال ليس ضرراً، والدليل إنما قد نفى الضرر لا احتمال الضرر، بل يكون الاستدلال لذلك بمثل ﴿لا تُلْقُوا بِأَيْديكمْ

(١) بحار الأنوار: ج٢ ص٢٧٣.

قيل: وإن لم يرض العامل فكذلك أيضاً، لأنه لو حصل الخسران وجب عليه ردّ ما أخذه، ولعله لا يقدر بعد ذلك عليه لفواته في يده وهو ضرر عليه، وفيه: إن هذا لا يعد ضرراً

إِلَى التَّهْلُكَةِ﴾[1]، وبما ذكروا في كتاب الطهارة والصلاة والصوم من أن المفهوم عرفاً من دفع الضرر دفع احتماله أيضاً إذا كان الاحتمال عقلائياً، ولو كان من درجات الوهم، فإذا كان كل ستة يقتل واحد منهم، كان ذهاب أحدهم يوجب وهم أنه يقتل، بينما الاحتمال في الأكثر من النصف ظن، وفي النصف شك، وقد ذكرنا تفصيل ذلك في تلك الكتب.

{قيل:} والقائل التذكرة والتحرير والقواعد، كما حكي {وإن لم يرض العامل فكذلك أيضاً} لم يجبر عليها {لأنه لو حصل الخسران وجب عليه رد ما أخذه، ولعله لا يقدر بعد ذلك عليه لفواته في يده، وهو ضرر عليه} كما علله بذلك في جامع المقاصد، فيشمله دليل «لا ضرر».

{وفيه} ما رده الجواهر على المحقق الثاني بـــ {أن هذا لا يعد ضرراً} حتى يرفعه دليل «لا ضرر» ويكون حاكماً على ما دل على سلطنة الناس على أموالهم[2].

وقد ذكرنا في {كتاب القضاء} لزوم القسمة في المال المشترك إذا أراد أحدهما ذلك، ولا حاجة إلى تعليل ذلك بما في الجواهر والمستمسك بضرورة المحافظة عليه بعدم التصرف، بل لو أغرمه لم يكن عليه ضرر لأنه في مقابل ما

---

(١) سورة البقرة: الآية ١٩٥.

(٢) بحار الأنوار: ج٢ ص٢٧٣.

فالأقوى أنه يجبر إذا طلب المالك، وكيف كان إذا اقتسماه ثم حصل الخسران فإن حصل بعده ربح يجبره فهو، وإلا رد العامل أقل الأمرين من مقدار الخسران وما أخذ من الربح

تصرف فيه، وذلك لأنه حتى إذا فرض أنه ضرر عليه لا يتدارك لم يكن وجه لرفع اليد عن دليل السلطة، فهو مثل ما إذا لم يشتر أحد بضاعة الشريك بعد القسمة، فإن ذلك وإن كان ضرراً على الشريك لم يمنع من القسمة، إلا إذا كان للضرر قوة يوجب تقديمه على دليل السلطنة.

وكذا إذا كان رخص الجار قيمة بضاعته يوجب ضرراً على الجار الآخر، إذ مثل هذا الضرر لا يوجب منع الجار عن رخص بضاعته، إلى غير ذلك من الأمثلة، فإن دليل «لا ضرر» قد ينصرف عن محل، وقد يعارض بلا ضرر آخر، وقد يعارض بدليل آخر فلا يقدم دليل لا ضرر على ذلك إلا إذا كان أقوى مناطاً.

{فالأقوى أنه يجبر إذا طلب المالك} كما هو المشهور حسب ما وجدناه في كلمات المتأخرين، لما عرفت من قاعدة السلطنة.

{وكيف كان، إذا اقتسماه ثم حصل الخسران فإن حصل بعده ربح يجبره فهو} إذ لا يضر الخسران حينئذ بتدارك رأس المال من الربح، الذي تقدم أنه مقتضى المضاربة.

{وإلا} فعلى ما تقدم إن اخترناه من أن القسمة توجب ملكية كل لما أخذه فلا شيء أيضاً، إذ الخسران يكون حينئذ على المالك الذي رضي بالقسمة، لأنه أقدم على خسارة نفسه.

وإن لم يرض المالك {ردّ العامل أقل الأمرين من مقدار الخسران وما أخذ من الربح} المراد مقدار الخسران الذي عليه، إذ لما قسم الربح كان

لأن الأقل إن كان هو الخسران فليس عليه إلا جبره والزائد له، وإن كان هو الربح فليس عليه إلا مقدار ما أخذ، ويظهر من الشهيد أن قسمة الربح موجبة لاستقراره، وعدم جبره للخسارة الحاصلة بعدها، حيث قال على ما نقل عنه: إن المردود أقل الأمرين مما أخذه العامل من رأس المال لا من الربح،

الخسران عليهما بالنسبة كما هو مقتضى المضاربة.

{لأن الأقل إن كان هو الخسران فليس عليه إلا جبره} فلا وجه لأخذ ما بقي من الربح منه.

{والزائد} التفاوت بين قدر ما أخذ وقدر حصته من الخسران {له} لأنه ماله لم يخرجه عن كيسه شيء.

{وإن كان هو الربح فليس عليه إلا مقدار ما أخذ} فإنه لو لم يكن أخذ ربحاً لم يكن عليه شيء، فكذا إذا أخذ لم يكن عليه أزيد من الربح.

{ويظهر من الشهيد أن قسمة الربح موجبة لاستقراره، وعدم جبره للخسارة الحاصلة بعدها، حيث قال على ما نقل عنه} الشهيد الثاني في المسالك بما خلاصته: {إن المردود أقل الأمرين مما أخذه العامل من رأس المال لا من الربح} أي إذا كانت الخسارة أقل رد الخسارة، وإذا كان ما أخذه من رأس المال أقل رد القدر الذي أخذه من رأس المال، لا كما تقدم من المصنف وذكره المشهور من أن المردود أقل الأمرين من مقدار الخسران وما أخذ من الربح.

فلو كان رأس المال مائة والربح عشرين فاقتسما العشرين، فالعشرون التي هي الربح مشاعة في الجميع، نسبتها إلى رأس المال نسبة السدس، فالمأخوذ سدس الجميع، فيكون خمسة أسداسها من رأس المال، وسدسها من الربح، فإذا اقتسماها استقر ملك العامل على نصيبه من الربح، وهو نصف سدس العشرين، وذلك درهم وثلثان يبقى معه ثمانية وثلث من رأس المال، فإذا خسر المال الباقي رد أقل الأمرين مما خسر ومن ثمانية وثلث.

{فلو كان رأس المال مائة والربح عشرين فاقتسما العشرين، فالعشرون} ليس الربح وإنما فيه شيء من الربح، كما أن بقية الربح تبقي في المائة الباقية بعنوان أنه رأس المال، إذ العشرون {التي هي الربح مشاعة في الجميع، نسبتها إلى رأس المال نسبة السدس، فالمأخوذ سدس الجميع} أي مأخوذ بعضه من رأس المال وبعضه من الربح، وليس المأخوذ ربحاً خاصاً، كما ليس الباقي (المائة) رأس مال خالص {فيكون خمس أسداسها من رأس المال، وسدسها من الربح} فإن المأخوذ من المشاع مشاع فلا يعين لأن يكون المأخوذ ربحاً فقط.

ومقتضى تقسيم العشرين على الستة أن تكون كل حصة سدس العشرين {فإذا اقتسماها} أي العشرين المأخوذ باسم الربح {استقر ملك العامل على نصيبه من الربح، وهو نصف سدس العشر} {وذلك درهم وثلثان} فـــ {يبقى معه} أي عند العامل {ثمانية وثلث من رأس المال} وهو التفاوت المذكور {فإذا خسر المال الباقي} أي المائة {رد} العامل {أقل الأمرين مما خسر ومن ثمانية وثلث}.

وفيه: مضافاً إلى أنه خلاف ما هو المعلوم من وجوب جبر الخسران الحاصل بعد ذلك بالربح السابق إن لم يلحقه ربح وأن عليه غرامة ما أخذه منه أنظار أخر، منها أن المأخوذ إذا كان من رأس المال

فإذا خسر عشرين رد ثمانية وثلث، وإذا خسر ستة عشر مثلاً رد ثمانية، إذ النصف الثاني من الخسارة على المالك فإن المالك أيضاً أخذ (عشرة)، منها واحد وثلثان ربح، وثمانية وثلث من رأس المال.

ولا يخفى أن كلام الشهيد الأول في أن القسمة توجب استقرار ملك العامل للربح تام، وقد ذكرنا وجهه سابقاً.

أما كلامه بالنسبة إلى أن المأخوذ ليس الربح فقط بل الخليط من الربح ورأس المال بالنسبة، ليس بتام، إذ المشاع يعين بتعيين الطرفين له.

{وفيه: مضافاً إلى أنه} كون القسمة موجبة للاستقرار فلا يتدارك بالربح المقسوم الخسارة في المستقبل {خلاف ما هو المعلوم من وجوب جبر الخسران الحاصل بعد ذلك} بعد الخسران {بالربح السابق إن لم يلحقه ربح} يكفي لجبر الخسارة.

{وأن عليه} أي على الربح السابق المقسوم {غرامة ما أخذه} أحدهما {منه} أي من الربح.

أقول: قد تقدم أن مقتضى القاعدة كلام الشهيد وأن الربح المقسوم لا يجبر الخسارة، وإنما المعلوم أن الربح الذي لم يقسم يجبر الخسارة {أنظار أخر، منها أن المأخوذ إذا كان من رأس المال} كما قاله الشهيد حيث جعل ثمانية وثلث في

فوجوب رده لا يتوقف على حصول الخسران بعد ذلك. ومنها أنه ليس مأذوناً في أخذ رأس المال فلا وجه للقسمة المفروضة، ومنها أن المفروض أنهما اقتسما المقدار من الربح بعنوان أنه ربح، لا بعنوان كونه منه ومن رأس المال

مثاله ــ من أخذ العشرة ــ من رأس المال {فوجوب رده لا يتوقف على حصول الخسران بعد ذلك} لأن رأس المال يجب أن يعطى للمالك سواء خسرت التجارة أم لا.

أقول: يرد عليه أنه إن لم يخسر لم يجب الرد، باعتبار أن المأخوذ من رأس المال يتدارك بالربح الباقي في رأس المال، إذ المفروض أن عشرة في مائة وعشرين ربح العامل، وأي فرق بين أن يحسب لنفسه كل العشرة التي أخذها أو أن يرد الثمانية والثلث التي أخذها ويأخذ ثمانية وثلثا باعتبار أنه الربح.

(ومنها أنه ليس مأذوناً في أخذ رأس المال فلا وجه للقسمة المفروضة)، وفيه: إن الوجه أنهما رضيا بذلك، والأمر لا يعدوهما، فحيث إن لهما أن يأخذا العشرين قدر الربح، وفرض الشهيد أن المال مشاع لا يمكن فرزه، كان لابد من أخذ المشاع الذي يكون بقدر الربح.

{ومنها أن المفروض أنهما اقتسما المقدار من الربح} العشرين {بعنوان أنه ربح، لا بعنوان كونه منه ومن رأس المال}، هذا الإشكال وارد إذ حيث إن المال لهما فلهما إفراز الربح من رأس المال، اللهم إلا أن يريد الشهيد غير هذا الفرض بأن أخذا من المجموع لا بعنوان أنه ربح فقط، كما ألمع إلى ذلك

ودعوى أنه لا يتعين لكونه من الربح بمجرد قصدهما مع فرض إشاعته في تمام المال مدفوعة، بأن المال بعد حصول الربح يصير مشتركاً بين المالك والعامل، فمقدار رأس المال مع حصته من الربح للمالك ومقدار حصة الربح المشروط للعامل له، فلا وجه لعدم التعين بعد تعيينهما مقدار مالهما في هذا المال

بعض المعلقين، وليس ببعيد لأنه من المستبعد أن يظن الشهيد أن ليس لهما حق الإفراز.

{ودعوى} الجواهر {أنه لا يتعين} العشرون المأخوذ {لكونه من الربح بمجرد قصدهما مع فرض إشاعته في تمام المال} فلا يرد الاعتراض على الشهيد {مدفوعة بأن المال بعد حصول الربح يصير مشتركاً بين المالك والعامل} خمسة أسداس ونصف للمالك، ونصف السدس للعامل في مثال المائة والعشرين.

{فمقدار رأس المال مع حصة من الربح للمالك، ومقدار حصة الربح المشروط للعامل له، فلا وجه لعدم التعين بعد تعيينهما مقدار مالهما في هذا المال} إذ الحق لا يعدوهما.

أقول: للمسألة ثلاث صور، لأنهما إما أن يأخذا العشرين بعنوان المشاع، أو بعنوان الربح، أو لا بعنوان خاص مما يقتضي الإشاعة أيضاً، والإشكال وارد على الشهيد في الثانية، وقد عرفت أنه لعل كلامه في غير هذه الصورة، أما صورة أخذهما بعنوان رأس المال فخارجة عن كلام الشهيد.

فقسمة الربح في الحقيقة قسمة لجميع المال ولا مانع منها.

{فقسمة الربح} بينهما {في الحقيقة قسمة لجميع المال} إلى الربح المقسوم وإلى رأس المال الباقي {ولا مانع منها}.

أما إشكال المستمسك على الشهيد بوجه آخر أيضاً بقوله: (ومنها أن اللازم البناء على الوقاية بالربح الباقي في المال، لأن المفروض على كلامه عدم صحة القسمة فالربح كان مشاعاً في المال) انتهى، فغير ظاهر، إذ مفروض كلام الشهيد شمول الخسارة لكل مقدار الربح.

(مسألة ٣٧): إذا باع العامل حصته من الربح بعد ظهوره صح مع تحقق الشرائط من معلومية المقدار وغيره، وإذا حصل خسران بعد هذا لا يبطل البيع، بل يكون بمنزلة التلف فيجب عليه

(مسألة ٣٧): {إذا باع العامل حصته من الربح بعد ظهوره}، ولا يصح قبل الظهور وإن كان في الواقع موجود إذ ذلك داخل في الغرر المنهي عنه، كما أنه لا يصح إجراء أية معاملة على شيء مجهول وجوده للعامل، {صح} لما تقدم من أنه ماله.

{مع تحقق الشرائط من معلومية المقدار وغيره} من الأمور المذكورة في كل المعاملات.

وعليه فيصح إجراء سائر المعاملات على الربح أيضاً لإطلاق أدلتها، كما يصح للمالك أيضاً أن يجري المعاملات على قدر الربح، وحاله حال العامل في قوله: {وإذا حصل خسران بعد هذا} التعامل {لا يبطل البيع بل يكون بمنزلة التلف} للمبيع في سائر المعاملات، لما دل من لزوم البيع المانع من إرجاع المبيع إلى البائع، وحيث يجب أن لا يضيع حق الطرف كان مقتضى الجمع بين الأدلة التدارك {فيجب عليه} أن يعطي للمشتري مثله إذا كان مثلياً أو قيمته إذا كان قيمياً.

لكن السيد البروجردي وبعض آخر من المعلقين قالوا: بانكشاف بطلان البيع، إما لعدم الملك أو بتعلق حق المالك بجبر خسران رأس ماله، انتهى.

لكن الظاهر أن ما ذكره المصنف هو على وفق القاعدة من {جبره بدفع أقل

جبره بدفع أقل الأمرين من مقدار قيمة ما باعه ومقدار الخسران.

الأمرين من مقدار قيمة ما باعه ومقدار الخسران} لكن ذلك فيما إذا باعه بالقيمة العادلة لا أقل أو أكثر، أما إذا باعه بالأقل، مثلاً كان الربح منّاً من الحنطة قيمته دينار فباعه بنصف دينار، فإن اللازم عليه أن يعطي الدينار جبراً للخسارة لا نصف دينار لأن الربح يجبر الخسارة لا الأقل من الربح، وأما إذا باعه بالأكثر فدليل أن الربح يجبر الخسارة لا يشمل ذلك الزائد الاعتباطي الذي جعله البائع للعامل كالمنحة باسم البيع، فليس عليه إلا إعطاء القيمة العادلة جبراً للخسارة.

(مسألة ٣٨): لا إشكال في أن الخسارة الواردة على مال المضاربة تجبر بالربح، سواء كان سابقاً عليها أو لاحقاً ما دامت المضاربة باقية و لم يتم عملها، نعم قد عرفت ما عن الشهيد من عدم جبران الخسارة اللاحقة بالربح السابق إذا اقتسماه وأن مقدار الربح من المقسوم تستقر ملكيته، وأما التلف فإما أن يكون بعد الدوران في التجارة

(مسألة ٣٨): {لا إشكال في أن الخسارة الواردة على مال المضاربة تجبر بالربح} كما تقدم وجهه {سواء كان} الربح {سابقاً عليها أو لاحقاً} بها أو مقارناً لها، كما إذا كانت له معاملتان ربح في إحداهما وخسر في الأخرى {ما دامت المضاربة باقية و لم يتم عملها} كل ذلك لإطلاق الأدلة، ولا يخفى أن بقاء المضاربة غير تمام العمل ولذا جاء بهما.

{نعم قد عرفت ما عن الشهيد} الأول في المسألة السابقة {من عدم جبران الخسارة اللاحقة بالربح السابق إذا اقتسماه}.

وقد ذكرنا هناك أن مقتضى القاعدة ما قاله الشهيد، ولا يتصور هذا بالنسبة إلى الربح اللاحق والمقارن، لأن الربح تلقائياً يجبر الخسارة فلا مجال لقسمة الربح لأنه من باب السالبة بانتفاء الموضوع، ولذا قيده المصنف بـــ (السابق) وإن كان كلام الشهيد مطلقاً أولاً، بل قدم تقدم قوله (فإذا خسر) مما ظاهره أن الربح سابق.

{وأن مقدار الربح من المقسوم تستقر ملكيته} هذا في الخسارة المصطلحة {وأما التلف فإما أن يكون بعد الدوران في التجارة} بان اشترى وباع أو ما

أو بعد الشروع فيها أو قبله، ثم إما أن يكون التالف البعض أو الكل، وأيضاً إما أن يكون بآفة من الله سماوية أو أرضيه أو بإتلاف المالك أو العامل أو الأجنبي على وجه الضمان، فإن كان بعد الدوران في التجارة فالظاهر جبره بالربح

أشبه من المعاملات ثم وقع التلف {أو بعد الشروع فيها} كما سيأتي مثاله {أو قبله، ثم} على كل تقدير {إما أن يكون التالف البعض أو الكل، و} على أي حال {أيضاً إما أن يكون بآفة من الله سماوية} كالصاعقة {أو أرضية} كالزلزلة {أو بإتلاف المالك} المضارب {أو العامل أو الأجنبي على وجه الضمان} إذ قد يتلفه بدون الضمان كما إذا اشترى بالمال دابة فصانت مما اضطر الطرف أن يرميها فيقتلها.

والمراد بالتلف أعم من الحقيقي كما إذا صب الماء على الأرض أو احترق المتاع، ومن الحكمي كما إذا وقع في البحر أو سرقه سارق حيث لم يتلف المال حقيقة وإنما هو في حكم التلف، وإن كان قد يعبر عن ذلك بالتلف أيضاً باعتبار فقد المالك له والحيلولة بينه وبينه.

{فإن كان بعد الدوران في التجارة فالظاهر} من الدليل {جبره بالربح} كما عن المحقق والعلامة، وفي المستمسك الظاهر أنه لا خلاف فيه، وعن مجمع البرهان أنه إجماع، وذلك لأن بناء المضاربة عرفاً الذي أمضاه الشارع حسب الأدلة التي قررها بدون ذكر تغيير لهذه الجهة على ذلك.

ومنه يعلم ضعف ما عن جامع المقاصد من احتماله ضعيفاً عدم الجبران إذا كان التلف بآفة سماوية أو غصب

ولو كان لاحقاً مطلقاً سواء كان التالف البعض أو الكل كان التلف بآفة أو بإتلاف ضامن من العامل أو الأجنبي، ودعوى أن مع الضمان

غاصب أو سرقة سارق، لأنه نقصان لا تعلق له بتصرف العامل وتجارته، ولأنه في الغصب والسرقة يحصل الضمان علي الغاصب والسارق بلاحاجة إلى جبره بمال القراض، انتهى.

وذلك لأن المبني عليه القراض أعم من التلف السماوي، كما أن الكلام في ما لم يرد السارق والغاصب و لم يعوضا، أما مع الرد أو التعويض فلا مكان للجبر.

ولا يخفى أن مراده كل أقسام وساطة الإنسان وعدم وساطة الإنسان في التلف، لوضوح عدم الخصوصية لتلف السماء ولا للسرقة والغصب، فإذا فقد بالزلزلة أو تلف بهيجان البحر أو ما أشبه ذلك، أو أتلفه إنسان غير السارق أو حيوان أو ما أشبه كان داخلاً في مناطه.

ثم ليس المراد بالدوران في التجارة دوران كله، بل بعضه أيضاً كذلك، لوحدة الدليل في كلا المقامين، كما لا فرق بين الدوران الموجب للربح أو للخسارة أو لم يوجب شيئاً.

{ولو كان لاحقاً مطلقاً} أي {سواء كان التالف البعض أو الكل} أي القدر المساوي لرأس المال، مثلاً كان مائة فربح عشرين ثم تلف المائة، إذ لو تلف كل المال لم يبق مجال للجبران {كان التلف بآفة} غير إنسانية {أو بإتلاف ضامن من العامل أو الأجنبي} فإذا ربح المائة عشرة وأتلف العامل عشرة أخذ المالك كل المال، وإذا أتلف عشرين أخذ كل المال ويطلبه خمسة عشر، وإذا أتلف خمسة يأخذ كل الباقي بلا طلب.

{و} الــ {دعوى} المتقدمة احتمالاً من المحقق الثاني بـــ {أن مع الضمان}

كأنه لم يتلف لأنه في ذمة الضامن كما ترى، نعم لو أخذ العوض يكون من جملة المال، بل الأقوى ذلك إذا كان بعد الشروع في التجارة، وإن كان التالف الكل كما إذا اشترى في الذمة وتلف المال قبل دفعه إلى البائع فأداه المالك

من المتلف {كأنه لم يتلف لأنه في ذمة الضامن} فلا وجه لجبر الخسارة بالربح {كما ترى} حيث تقدم الإشكال عليه.

{نعم} لا إشكال في أنه {لو أخذ العوض} من المتلف، ومنه إذا كان المتلف نفس العامل حيث ذكرناه في الصور الثلاث المتقدمة {يكون من جملة المال} حيث يقوم العوض مقام الأصل، من غير فرق بين أن يكون التلف ما يوجب بدلاً أو ما يوجب بدل حيلولة كما لو ألقاه الضامن في البحر مثلاً أو أضاعه أو ما أشبه ذلك {بل الأقوى ذلك} جبر الخسران بالربح {إذا كان} التلف {بعد الشروع في التجارة، وإن كان التالف الكل كما إذا اشترى} للمضاربة {في الذمة وتلف المال قبل دفعه إلى البائع}، وقد كانت المضاربة مطلقة تشمل الشراء في الذمة ــ كما هو الغالب على ما تقدم في بعض المسائل السابقة ــ أو كانت خاصة بالاشتراء نقداً لكن أذن المالك في الشراء في الذمة بعد ذلك.

وقد تقدم أيضاً مسألة تخلف الشرط في المضاربة وأنه لا يضر بتوزيع الربح، للنص الخاص الذي عمل به المشهور {فأداه المالك} أداء المالك على أقسام:

لأنه إما أن يؤدي بقصد أن ينضم ما أداه إلى أصل المال، وهذه مضاربة جديدة

تتوقف على قبول العامل وأن ينضم هذا إلى الأول، لأن الفرض عدم بطلان الأول لأن العقد باق وإن تلف المال فإنه لا دليل على أن تلف المال يبطل العقد.

ولذا قال غير واحد من الفقهاء إن المقتضي العقد لا الدوران في التجارة، فإذا اشترى للمضاربة فتلف الثمن قبل نقده فالشراء للمضاربة وعقدها باق، وقد حكي ذلك عن المبسوط والتحرير والمسالك والتذكرة والسرائر والإرشاد وجامع المقاصد والروض ومجمع البرهان والإيضاح وغيرهم.

هذا ولكن للإشكال في المسألة مجال، إذ ما يجعل المبيع للمضاربة أحد أمرين:

الأول: أن يكون البيع نقداً في قبال الثمن ويؤديه، وهذا مفروض الانتفاء.

الثاني: أن يشتري المبيع في الذمة بقصد المضاربة ويؤدي ما في الذمة من مال المضاربة، وإلا فإذا لم يؤده من مال المضاربة بأن تلف الثمن فأداه من مال آخر لم يكن مجرد القصد كافياً في جعل المبيع للمضاربة، فهو مثل أن يتلف كل مال المضاربة قبل الاشتراء، حيث إنه لو قصد الاشتراء للمضاربة لم يقع لها فإنه من باب السالبة بانتفاء الموضوع، وأي فرق بين أن يقصد المضاربة قبل التلف أو بعده، وإذن المالك أو إعطاؤه مالاً جديداً لا يجعله المضاربة السابقة.

وإما أن يؤدي بقصد القرض، وإما أن يؤدي بقصد أنه يكون للمالك لا للمضاربة، وكلا الأمرين لا يجعلان من العمل مضاربة.

إذ القرض إن كان على نفسه فهو غير معقول، إذ الإنسان لا يطلب نفسه و

أو باع العامل المبيع وربح فأدى، كما أن الأقوى في تلف البعض الجبر وإن كان قبل

إن كان على العامل فهو يكون مال العامل لا مال المضاربة، والأداء بعنوان أن المبيع يكون ماله يخرجه عن المضاربة.

ومنه يظهر الإشكال في ما عطف على (فأداه المالك) بقوله: {أو باع العامل المبيع وربح فأدى} فإن قوام المضاربة بالمال الخارجي فإذا انتفى المال انتفت المضاربة ويكون البيع لنفس العامل، ولا وجه لأن يكون المالك طرفاً، كما أنه إن أعطاه المالك مالاً جديداً يكون مضاربة جديدة لا ربط لها بالمضاربة القديمة.

وبذلك يظهر وجه النظر في قول المستمسك: (إن هذه الصورة خارجة عن محل الكلام السابق فيحتمل فيها صحة المضاربة، لأن الوفاء كان بمال المضاربة وهو الربح، لكنه ضعيف لانتفاء مال المضاربة الذي كان قوام المضاربة الموجب لانتفائها، وحينئذ يكون الربح للمالك، وللعامل أجرة المثل) انتهى.

إذ يرد عليه أنه لا وجه لارتباط المالك بالبيع حتى يكون الربح له، لأن اشتراء العامل الشيء في الذمة يجعل نفسه طرف المعاملة، وقصده أن يؤدي الثمن من مال المضاربة لا يجعله للمالك، وإنما ما يجعله للمالك هو الأداء الخارجي، فتأمل.

والمسألة بحاجة إلى تأمل أكثر.

{كما أن الأقوى في تلف البعض الجبر} لما تقدم من بناء المضاربة على الجبر بالربح، وقد أمضى الشارع المضاربة العقلائية {وإن كان} تلف البعض {قبل

الشروع أيضاً، كما إذا سرق في أثناء السفر قبل أن يشرع في التجارة، أو في البلد أيضاً قبل أن يسافر، وأما تلف الكل قبل الشروع في التجارة فالظاهر أنه موجب لانفساخ العقد، إذ لا يبقى معه مال التجارة حتى يجبر أو لا يجبر، نعم إذا أتلفه أجنبي وأدى عوضه تكون المضاربة باقية

الشروع أيضاً، كما إذا سرق في أثناء السفر قبل أن يشرع في التجارة، أو في البلد أيضاً قبل أن يسافر} لشمول الدليل السابق كلتا الصورتين، وظاهر إطلاقهم عدم الفرق في تلف البعض بين بقاء الأقل والأكثر أو المساوي للتالف، وإن كان فيما إذا تلف إلا جزئي منه كما إذا بقي من عشرة الآخر واحد تأمل، لأن الدليل المذكور في البطلان إذا تلف الكل آت هنا أيضاً {وأما تلف الكل قبل الشروع في التجارة فالظاهر أنه موجب لانفساخ العقد، إذ لا يبقى معه مال التجارة حتى يجبر أو لا يجبر)، قال في المستمسك: (الظاهر أنه مسلّم وإن كان مقتضى ما ذكروه في المسألة السابقة من أن قوام المضاربة العقد الصحة، إذ لا فرق في ذلك بين أن يكون التلف بعد الشراء وقبله).

أقول: وهذا مما يؤيد ما تقدم من الإشكال في التلف ولو بعد الاشتراء.

{نعم إذا أتلفه أجنبي وأدى عوضه} فعلاً أو شأناً، بأن قال: عامل وإني أؤدي ثمنه مثلاً {تكون المضاربة باقية} لأن التلف المؤدى عوضه في حكم عدم التلف، فلا وجه لبطلان المضاربة.

ومنه يعلم أن الأمر دائر مدار الواقع، فإن أدى في المستقبل كشف عن صحة المضاربة، وإن لم يؤد كشف عن بطلانها، فلا اعتبار لمجرد القول من المتلف

وكذا إذا أتلفه العامل.

فلو قال: أؤدي، ولم يؤد لم ينفع، ولو قال: لا أؤدي، وأدى ولو بالتقاص من ماله، لم يضر.
{وكذا إذا أتلفه العامل} وأمكنه تأدية العوض.

(مسألة ٣٩): {العامل أمين} قال في الجواهر: إنه لا إشكال فيه ولا خلاف بل هو إجماعي.

ويدل عليه النصوص العامة الدالة على أن كل أمين لا ضمان عليه[1]، والمناط في الأبواب الأخر، والأحاديث الخاصة، مثل:

صحيحة ابن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: سألته عن الرجل يستبضع المال فيهلك أو يسرق أعلى صاحبه ضمان، فقال: «ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً»[2].

وعن محمد بن قيس، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «قضى علي (عليه السلام) في تاجر اتجر بمال واشترط نصف الربح فليس على المضارب ضمان»[3].

وعن الدعائم، عن أمير المؤمنين (عليه السلام) أنه قال: «من أخذ مالاً مضاربة فليس عليه فيه ضمان، فإن اتهم استحلف، وليس عليه من الوضعية شيء»[4].

وفي حديث آخر رواه الدعائم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، وفيه: «وهو في الوديعة والمضاربة رجل مأمون»[5].

{فلا يضمن إلاّ بالخيانة} للأصل، ولا إشكال فيه ولا خلاف، كما صرح بذلك بعضهم، ويظهر من الآخرين التسالم عليه.

وقد تقدم الكلام في ذلك في المسألة الخامسة {كما لو أكل بعض مال

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٨ الباب ٤ من أبواب الوديعة ح٢، ٣، ٤.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٨٥ الباب ٣ من أبواب المضاربة ح٣.

(٣) الوسائل: ج١٣ ص١٨٥ الباب ٣ من أبواب المضاربة ح٢.

(٤) المستدرك: ج٢ ص٥٠١ الباب ٥ من أبواب المضاربة ح١.

(٥) المستدرك: ج٢ ص٥٠١ الباب ٥ من أبواب المضاربة ح٢.

المضاربة أو اشترى شيئاً لنفسه فأدى الثمن من ذلك أو وطأ الجارية المشتراة أو نحو ذلك، أو التفريط بترك الحفظ، أو التعدي بأن خالف ما أمره به أو نهاه عنه، كما لو سافر مع نهيه عنه أو عدم إذنه في السفر

المضاربة} مما لم يكن له أكله إلا بإجازة أو اضطراراً أو ما أشبه {أو اشترى شيئاً لنفسه فأدى الثمن من ذلك} بدون الإجازة والاضطرار ونحوهما {أو وطأ الجارية المشتراة} إذ لا حق له في وطيها بعد كونها مالاً مشتركاً، {أو نحو ذلك} مما يعد خيانةً عرفاً، فإن الخيانة موضوع عرفي له أفراد كثيرة {أو التفريط بترك الحفظ}، والتفريط هو ترك ما ينبغي له أن يفعل، كترك علف الدابة مثلا.

ولذا كان ما ذكره المصنف من باب المثال، أو أراد بترك الحفظ كل أقسام ذلك {أو} بـــ {التعدي} وهو فعل ما لا ينبغي له أن يفعل، وبينه وبين الخيانة عموم من وجه مفهوماً، فلو أسرع في المشي بالدابة أو أعطاها علفاً زائداً فعطبت، سمي تعدياً ولم يسمّ خيانة.

أما تفسير المصنف له بقوله: {بأن خالف ما أمره به أو نهاه عنه} ففيه: إنه تفسير بالأعم من وجه، ومما ذكر يعلم أن عدم ذكر الشرائع التعدي وإنما ذكر الخيانة والتفريط من باب أنه أدخله في أحدهما.

كما أن ما ذكره المستمسك من أن الذي يظهر من الاستعمالات العرفية أن التعدي والتفريط كل منهما خيانة غير ظاهر الوجه، {كما لو سافر مع نهيه عنه أو عدم إذنه في السفر}.

وفي حديث أبي بصير، عن أبي عبد الله (عليه السلام)

أو اشترى ما نهى عن شرائه، أو ترك شراء ما أمره به، فإنه يصير بذلك ضامناً للمال لو تلف، ولو بآفة سماوية، وإن بقيت المضاربة كما مر، والظاهر ضمانه للخسارة الحاصلة بعد ذلك أيضاً

في الرجل يعطي الرجل مالاً مضاربة وينهاه أن يخرج إلى أرض أخرى فعصاه، فقال (عليه السلام): «هو له ضامن والربح بينهما إذا خالف شرطه وعصاه»[1].

إلى غيرها من الروايات[2].

وقد تقدم حديث اتجار العباس مضاربة واشتراطه أن لا يركبوا بحراً ولا يترلوا وادياً فإن فعلتم فأنتم ضامنون فأبلغ ذلك رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فأجاز شرطه عليهم[3].

{أو اشترى ما نهى عن شرائه، أو ترك شراء ما أمر به} أو خالف شرطاً له في البيع والشراء، إلى غير ذلك.

{فإنه يصير بذلك ضامناً للمال لو تلف ولو بآفة سماوية، وإن بقيت المضاربة كما مر} من الأدلة الخاصة على ذلك، وقد ذكرنا هناك الأقسام المتصورة في عقد المضاربة.

{والظاهر} من الأدلة الدالة على أن التعدي بكل أقسامه يوجب الضمان {ضمانه للخسارة الحاصلة بعد ذلك أيضاً} مثل الخسارة الحاصلة حال التعدي وذلك لإطلاق الأدلة.

لكن ربما يقال: إنه لا وجه للضمان خارج القدر الذي تعدى فيه، مثلاً اشترى دابة

(1) الوسائل: ج١٣ ص١٨٣ الباب ١ من أبواب المضاربة ح١٠.

(2) الوسائل: ج١٣ ص١٨٣ الباب ١ من أبواب المضاربة ح١٢.

(3) الوسائل: ١٢ ص٨٣ الباب ١ أن المالك إذا عين ح١٢.

وإذا رجع عن تعديه أو خيانته فهل يبقى الضمان أو لا، وجهان، مقتضى الاستصحاب بقاؤه، كما ذكروا في باب الوديعة أنه لو أخرجها الودعي عن الحرز بقي الضمان وإن ردها بعد ذلك إليه، ولكن لا يخلو عن إشكال، لأن المفروض بقاء الإذن وارتفاع سبب الضمان

.بمال المضاربة فضربها أكثر من الحق بما يعد تعدياً، فهل إذا تنزلت قيمة الدابة من جهة السوق يكون العامل ضامناً؟

فإن دليل الضمان إما الشرع وإما العقل،

أما الشرع فلا إطلاق يشمل مثل المقام، والنصوص السابقة لا تشمل مثل ذلك.

وأما العقل فلأن بناء العقلاء الذي يكون منطلقاً للعقد هو الضمان في قدر التعدي لا في غيره.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر: قد يقال أو يقوى ضمانه للوضيعة المتجددة بعد التعدي.

{وإذا رجع عن تعديه أو خيانته فهل يبقى الضمان أو لا، وجهان مقتضى الاستصحاب بقاؤه}، كما ذهب إليه السادة ابن العم والبروجردي وغيرهما.

{كما ذكروا في باب الوديعة أنه لو أخرجها الودعي عن الحرز يبقى الضمان وإن ردها بعد ذلك إليه} وذلك للاستصحاب، فإن ارتفاع سبب الضمان غير معلوم، وحيث تتم أركان الاستصحاب كان اللازم القول ببقاء الضمان {ولكن لا يخلو عن إشكال}.

بل الظاهر عدم الضمان في كلا المقامين {لأن المفروض بقاء الإذن وارتفاع سبب الضمان}، قال في المستمسك: (فإذا بقي الإذن بقي الاستيمان، وإذا

ثبت الاستيمان فقد شمله عموم «لا ضمان على الأمين» وهو مقدم على الاستصحاب، ومثله الكلام في الوديعة).

أقول: مراده بالمقدم أنه لا يتم أركان الاستصحاب.

ثم لا يخفى أن الكلام هنا في ضمان رأس المال، أما ضمان الوضيعة فيختص بالمخالفة للمالك أو كون التعدي سبباً لذلك، وإلا فلا وجه لضمانه.

ولذا قال في المستمسك: (فإذا كانت الوضيعة حاصلة بعد التعدي أو التفريط لم يضمنها، وإن كان يضمن العين، وإذا كانت الوضيعة بعد مخالفة المالك ضمنها كما ضمن العين) انتهى، فتأمل.

{ولو اقتضت المصلحة بيع الجنس في زمان و لم يبع} ثم باعه في زمان كان الثمن أكثر أو مساوياً فلا شيء، أما إذا باعه في زمان كان الثمن أقل {ضمن الوضيعة إن حصلت بعد ذلك} لأنه سبب الوضيعة بتفريط منه، فاللازم أن يكون غرامته عليه، ويستدل للتلازم بين التفريط وبين الغرامة، بأنه لا إذن للمالك في هذا البيع، لأن مبنى العقد على البيع مع المصلحة، فتركه مخالفة للعقد، ويكون مخالفاً للمالك، وبدليل «لا ضرر»، فإن العامل هو الذي أضر بالمالك حيث لم يبع في وقت المصلحة.

ويرد على الأول: إن المالك خولف في البيع وقت عدم الوضيعة، أما البيع وقت الوضيعة فلم يكن مخالفة للمالك، خصوصاً إذا كان خوف زيادة الوضيعة

مثلاً كان السبت ربح، والأحد لاربح ولا وضيعة، والاثنين وضيعة عشرة، والثلاثاء وضيعة عشرين، فإن عدم البيع في السبت مخالفة.

أما البيع في الاثنين فليس مخالفة، وإلا فماذا يفعل إذا لم يبع، فهل لا يبيع أصلاً وهو خلاف المضاربة، أو يؤخر البيع إلى الثلاثاء وهو أكثر وضيعة، وذلك ما لا يرضاه المالك، وخلاف مقتضى العقد المبني على الاتجار بالصلاح.

وعلى الثاني: إن الإضرار من عدم البيع وهو أمر سلبي لا يوجب الضمان، أما البيع فقد عرفت أنه لا بد منه وهو لم يسبب الإضرار.

اللهم إلا أن يقال: إن كل نوع من هذا الضرر يوجب دخوله في مسألة «لا ضرر» ولا ضرر له عقد إيجابي أيضاً كما كان في مورده له عقد إيجابي، حيث أمر الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) بقلع شجرة سمرة مستدلاً بلا ضرر[1]، فإذا حبس إنسان مال تاجر حتى حصلت فيه وضيعة كان ضامناً لتلك الوضيعة.

كما لم نستبعده تبعاً لبعض الفقهاء في حبس الحر، حيث سبب الحبس فوت جملة من فوائده، فالحابس ضامن لما فات، وكذا في المقام الحابس لماله والحائل بينه وبين ماله حتى صار فيه وضيعة ضامن، ولا يبعد هذا، حيث يقال عرفاً: إنه أضر به.

لكن اللازم تقييد خسارة العامل بمثل هذا الضرر بما إذا كان عدم بيعه في وقت عدم الوضيعة عن علم وعمد

(١) انظر الكافي: ج٥ ص٢٨٠ ح٢. التهذيب: ج٧ ص١٤٦ ح٦٥١، من لا يحضره الفقيه: ج٣ ص٥٩ ح٢٠٨١.

وهل يضمن بنية الخيانة مع عدم فعلها، وجهان، من عدم كون مجرد النية خيانة، ومن صيرورة يده حال النية بمنزلة يد الغاصب

أما إذا كان لرجاء الربح الأكثر أو ما أشبه لم يكن عليه شيء، فإنه وإن أضر به واقعاً إلا أن مبني العقد على الاتجار حسب ما يراه صلاحاً، لا حسب الصلاح واقعاً، إذ لا يطلب من العامل علم الغيب.

ومما تقدم يعلم حال ما إذا كان للمال ربح مائة مثلاً، فلم يبع عمداً حتى صار الربح أقل، حيث إن مقتضى الكلام السابق أنه ضامن للتفاوت، لصدق أنه أضر به عرفاً، فهو تفويت الربح كتفويت عمل الحر، وإن كان الفتوى بذلك أصعب من الفتوى في مسألة الوضيعة، والله سبحانه العالم.

{وهل يضمن بنية الخيانة مع عدم فعلها، وجهان} وجه العدم: {من عدم كون مجرد النية خيانة} فإن صيرورة اليد بمجرد النية بمنزلة يد الغاصب لا دليل عليه، {و} وجه الضمان: {من صيرورة يده حال النية بمنزلة يد الغاصب} فإن العقلاء لا يعتمدون على ناوي الخيانة، ولذا لا يؤمنوه مالهم ونساءهم وأولادهم.

ويؤيده ما ورد من أن من نوى عدم إعطاء مهر زوجته فهو عند الله زان[1]، ومن نوى عدم رد دينه فهو عند الله سارق[2]، لكن الأقوى الأول، كما اختاره غالب المعلقين، فإن الخيانة أمر عرفي، وهي ليست حاصلة، وعدم التأمين لا لأنه خائن

---

(١) الوسائل: ج١٥ ص٢١ الباب ١١ من أبواب المهور ح١.

(٢) الوسائل: ج١٥ ص٢١ الباب ١١ من أبواب المهور ح١١.

ويمكن الفرق بين العزم عليها فعلاً، وبين العزم على أن يخون بعد ذلك.

الآن، بل لأنه في صدد الخيانة، كما أنهم لا يذهبون إلى من يقتلهم لا لأنه قاتل الآن بل لخوف القتل، والحديث تتريل كما هو واضح.

{ويمكن الفرق بين العزم عليها فعلاً، وبين العزم على أن يخون بعد ذلك} لكنه غير فارق، فإن العزم الفعلي لا يسبب صدق الخيانة، اللهم إلا أن يقال: إنه لا يسمى الآن أميناً عرفاً، وقد تقدم في صحيح ابن مسلم: ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً، فمفهومه أن عليه الغرم إذا لم يعد أميناً عرفاً.

لكن فيه: إنه إن لم يخن مدة مضاربته يقال إنه أمين وإن قصد الخيانة، كما أن من لم يزن يقال إنه عفيف وإن نوى الزنا، ولذا ذكر غير واحد من المعلقين أن الفرق غير فارق.

(مسألة ٤٠): لا يجوز للمالك أن يشتري من العامل شيئاً من مال المضاربة لأنه ماله، نعم إذا ظهر الربح يجوز له أن يشتري حصة العامل منه مع معلومية قدرها، ولا يبطل بيعه بحصول الخسارة بعد ذلك

(مسألة ٤٠): {لا يجوز} أي لا ينفذ {للمالك أن يشتري من العامل شيئاً من مال المضاربة} كما نص بذلك الشرائع والقواعد وشراحهما، بل في الجواهر إنه لا خلاف فيه ولا إشكال، {لأنه ماله} وليس تبديل الإنسان مالاً له بمال آخر لنفسه معاملة، فإذا فعل المالك ذلك بقي المال السابق مال مضاربة، ولا يكون المال الثاني مال مضاربة، فإذا تاجر به العامل كان له الأجرة لا المسمي الذي هو النسبة.

(نعم إذا ظهر الربح يجوز له أن يشتري حصة العامل منه، مع معلومية قدرها) لما تقدم من أن ظهور الربح يوجب ملك العامل لقدر حصته، وقوله (مع ...) من باب أنه طريق إلى الثبوت، وإلا فالمدخلية له لا لعالم الإثبات، فإذا لم يعلم قدر حصة العامل وكان في الواقع طناً من الحنطة واشترى الطن وكان قاصدين مال العامل لم يكن وجه لبطلان البيع.

إذ اللازم اشتراء مال العامل، لا مال نفسه، وذلك حاصل في المقام {ولا يبطل بيعه بحصول الخسارة بعد ذلك} وجه توهم البطلان أنه لا مال للعامل مع الخسارة فقد اشتري المالك مال نفسه، ولذا قال في محكي جامع المقاصد: لو تجدد الخسران أمكن القول بالبطلان

فإنه بمترلة التلف، ويجب على العامل رد قيمتها لجبر الخسارة، كما لو باعها من غير المالك، وأما العامل فيجوز أن يشتري من المالك قبل ظهور الربح، بل وبعده

و لم أجد تصريحاً لذلك، فينبغي التوقف، ورده الجواهر بأنه في غير محله، {فإنه بمترلة التلف ويجب على العامل رد قيمتها لجبر الخسارة، كما لو باعها من غير المالك}.

كما تقدم في المسألة السابعة والثلاثين، وفي تعليقة السيد البروجردي على (قيمتها): (بل ثمنها المسمى وإن قلنا بصحة البيع باعتبار القول بالملك وأن الحق لا يعدوهما، وذلك لإقدام المالك على عدم جبر الزيادة إن كانت القيمة أكثر) انتهى.

وفيه: إن معنى جبران الخسارة بقدر قيمة الشيء الواقعية لا بقدر المسمى، فإذا باع منّاً من الحنطة ـــ وهو نصيبه من الربح ـــ بنصف دينار، بينما قيمته دينار فقد أخذ قدر دينار، فإذا خسر المتاع قدر دينارين كان اللازم عليه رد الدينار، إذ الخسارة تدارك بالربح الواقعي لا الربح الذي فرضه العامل ربحاً، وقوله (لإقدام المالك) غير ظاهر الوجه، إذ لا يلزم اطلاع المالك على البيع، فإنه إذا باعه مشاعاً بدون قسمة لأجنبي كان حقه ولا يلزم اطلاع المالك عليه.

ومنه يعلم أنه لو باعه بأكثر من قيمته لم يكلف إلا بدفع قدر القيمة لتسديد الخسارة.

{وأما العامل فيجوز أن يشتري من المالك قبل ظهور الربح} لأن المال للمالك وإن لم يربح، و«الناس مسلطون على أموالهم»، {بل وبعده} أيضاً، سواء كان قصدهما

لكن يبطل الشراء بمقدار حصته من المبيع لأنه ماله، نعم لو اشترى منه قبل ظهور الربح بأزيد من قيمته بحيث يكون الربح حاصلاً بهذا الشراء، يمكن الإشكال فيه حيث إن بعض الثمن حينئذ يرجع إليه من جهة كونه ربحاً، فيلزم من نقله إلى البائع عدم نقله من حيث عوده إلى نفسه

الشراء من الأصل أو من الربح الخاص بالمالك {لكن يبطل الشراء بمقدار حصته} أي حصة العامل {من المبيع}.

كما ذكره العلامة وغيره، فإذا كان الأصل عشرة والربح ثلاثة فاشترى العامل اثني عشر كان البيع باطلاً بالنسبة إلى النصف، لأنه لنفس العامل فهو مثل اشتراء المالك لماله {لأنه ماله}، ولا يصح اشتراء الإنسان مال نفسه، فإذا لم يعلم أحدهما بذلك كان له خيار تبعض الصفقة.

{نعم لو اشترى} العامل {منه} من المالك {قبل ظهور الربح بأزيد من قيمته} فاشترى ما قيمته عشرة باثني عشر {بحيث يكون الربح حاصلاً بهذا الشراء} لأن نصف الربح ــ وهو واحد في المثال ــ للعامل، إذا جعل حصته من الربح بنسبة النصف {يمكن الإشكال فيه} أي في هذا البيع {حيث إن بعض الثمن} وهو الواحد في المثال {يرجع إليه} إلى العامل {من جهة كونه ربحاً} فقد اشترى العامل مال نفسه بمال نفسه {فيلزم من نقله إلى البائع عدم نقله من حيث عوده إلى نفسه} وذلك باطل.

ثم لا يخفى إن هذا الإشكال مبني على اعتبار أن كل ربح يدخل كيس المالك، باعتبار أنه ربح لماله، كما تقدم من المصنف، وبعد الاسترباح

ويمكن دفعه بأن كونه ربحاً متأخر عن صيرورته للبائع، فيصير أولاً للبائع الذي هو المالك من جهة كونه ثمناً، وبعد أن تمت المعاملة وصار ملكاً للبائع وصدق كونه ربحاً يرجع إلى المشتري الذي هو العامل، على حسب قرار المضاربة

تنتقل حصته منه من ملك مالك رأس المال إلى العامل، حسب المقرر في المضاربة.

وفيه: إن الاعتبار العقلائي ما ذكرناه سابقاً، من أن من أحدهما المال ومن الآخر العمل، والربح وليد لهما، فالربح يدخل في كيسهما ابتداءً، فتكون حصة منه تنقل إلى صاحب رأس المال وحصة منه تنقل إلى صاحب العمل، وهذا ليس خلافاً للقاعدة العقلائية، ولا للأدلة الشرعية.

نعم، الإشكال في حصة العامل فقط باعتبار كون العوض والمعوض لشخص واحد، وذلك ما لا يعقل، فإذا اشترى ما قيمته عشرة بعشرين، يكون الإشكال في خمسة منه، وهي نصف الربح.

وبذلك يظهر أن جواب الماتن مبني على ما ذكروا، لا على ما ذكرناه.

{و} كيف كان {يمكن دفعه بأن كونه ربحاً متأخر عن صيرورته للبائع، فيصير أولاً للبائع الذي هو المالك من جهة كونه ثمناً} لماله، والثمن يدخل في كيس من يخرج المثمن من كيسه، والمفروض أن القيمة أصلاً وربحاً بدل، وربح المال للمالك.

{وبعد أن تمت المعاملة وصار ملكاً للبائع وصدق كون ربحاً، يرجع إلى المشتري الذي هو العامل، على حسب قرار المضاربة} فلم يجمع العوض

فملكية البائع متقدمة طبعاً، وهذا مثل ما إذا باع العامل مال المضاربة الذي هو مال المالك من أجنبي بأزيد من قيمته، فإن المبيع ينتقل من المالك والثمن يكون مشتركاً بينه وبين العامل، ولا بأس به فإنه من الأولى يصير ملكاً للمالك ثم يصير بمقدار حصة العامل منه له بمقتضى قرار المضاربة، لكن

والمعوّض في كيس واحد إطلاقاً، لا بقدر ربح العامل ولا غيره، على حسب نظرهم.

{فملكية البائع متقدمة طبعاً} على ملكية العامل تقدم الموضوع على الحكم، {وهذا مثل ما إذا باع العامل مال المضاربة الذي هو مال المالك من أجنبي بأزيد من قيمته} مثله في أن جوابهما واحد، وإن كان هو إشكالاً آخر عاماً في مطلق المعاملات الرابحة في باب القراض، كذا في تعليقة السيد البروجردي.

{فإن المبيع ينتقل من المالك، والثمن يكون مشتركاً بينه وبين العامل، ولا بأس به}، ولا يخفى أن هذا مبني أيضاً على كلامهم، لا على ما اخترناه من أن كلاً منهما له حصة من الربح من أول الأمر، لا أن الربح يدخل كله في كيس المالك، ثم يدخل حصة منه في كيس العامل، {فإنه} على رأيهم {من الأولى يصير ملكاً للمالك} باعتبار أن الربح تابع لرأس المال.

{ثم يصير بمقدار حصة العامل منه له} كأنه أجير عند المالك {بمقتضى قرار المضاربة} في قدر الحصة.

{لكن} المصنف جعل مخرجاً آخر لدخول الربح في كيس العامل ابتداءً،

هذا على ما هو المشهور من أن مقتضى المعاوضة دخول المعوّض في ملك من خرج عنه العوض، وأنه لا يعقل غيره، وأما على ما هو الأقوى من عدم المانع من كون المعوّض لشخص والعوض داخل في ملك غيره، وأنه لا ينافي حقيقة المعاوضة

لا كما ذكرناه، فإنه جعل كل الربح للمالك حسب رأيهم، لكن قال: بأن حصة من الربح يدخل كيس العامل ابتداءً، {هذا على ما هو المشهور من أن مقتضى المعاوضة دخول المعوض في ملك من خرج عنه العوض، وأنه لا يعقل غيره}، فإن معنى العوض هو ذلك، وإلا لم يكن عوضاً، فمعنى عدم المعقولية انتفاء الموضوع، لأنه غير معقول، مثل اجتماع النقيضين.

{وأما على ما هو الأقوى من عدم المانع من كون المعوّض لشخص، والعوض داخل في ملك غيره} فهو أمر عقلائي، كإعطاء الإنسان الثمن للخباز ليعطي خبزاً للفقير، بدون تمليك الفقير الثمن، ولا دخول الخبز في ملك المعطي ثم إعطاؤه للفقير.

{وأنه لاينافي حقيقة المعاوضة} بل قد ذكرنا هنا إلماعاً، وفي بعض الكتب الفقيهة تفصيلاً: إمكان الأقسام الأربعة، بأن يكون الأمر ذا طرفين أو ثلاثة ــ بصورتيها ــ أو أربعة، كأن يعطي ديناراً للخباز في قبال أن يخيط ولده ثوب ولد صاحب الدينار، بل وما إذا لم يكن ثالث كأن يعطي ديناراً للخباز ليعطي الخبز للأسماك وهو قسم خامس، ومنه يعلم مواضع النظر في كلام المستمسك فراجع.

فيمكن أن يقال: من الأول يدخل الربح في ملك العامل بمقتضى قرار المضاربة، فلا يكون هذه الصورة مثالاً للمقام ونظيراً له.

{فيمكن أن يقال: من الأول يدخل الربح في ملك العامل بمقتضى قرار المضاربة} بدون أن في يدخل ملك المالك ثم ينتقل منه إلى العامل {فلا يكون هذه الصورة مثالاً للمقام ونظيراً له} حيث قد عرفت أن الإشكال هو أنه يلزم من نقل العوض عدم نقله.

(مسألة ٤١): يجوز للعامل الأخذ بالشفعة من المالك في مال المضاربة، ولا يجوز العكس، مثلاً إذا كانت دار مشتركة بين العامل والأجنبي فاشترى العامل حصة الأجنبي بمال المضاربة، يجوز له إذا كان قبل ظهور الربح أن يأخذها بالشفعة، لأن الشراء قبل حصول الربح يكون للمالك، فللعامل أن يأخذ تلك الحصة بالشفعة منه، وأما إذا كانت الدار مشتركة بين المالك والأجنبي فاشترى العامل

(مسألة ٤١): {يجوز للعامل الأخذ بالشفعة من المالك في مال المضاربة} بأن اشترى شيئاً بمال المضاربة وقد كان مشتركاً بين الأجنبي والعامل، فيأخذه العامل بعنوان الشفعة بعد وجود شرائطها، وإنما يجوز الأخذ بالشفعة لإطلاق أدلتها الشامل للمقام.

{ولا يجوز العكس} بأن يأخذ المالك بالشفعة ما اشتراه العامل له، لأن الشيء المشترى للمالك، لأنه اشترى بمال المالك فلا معنى لتملكه بالشفعة {مثلاً إذا كانت دار مشتركة بين العامل والأجنبي فاشترى العامل حصة الأجنبي بمال المضاربة} فصارت الدار مشتركة بين العامل والمالك {يجوز له إذا كان قبل ظهور الربح أن يأخذها بالشفعة} لأن الأجنبي باع الشيء الذي كان شريكاً فيه مع العامل ــ وإن كان المباشر للاشتراء العامل بنفسه ــ فصار العامل شريكاً مع المالك {لأن الشراء قبل حصول الربح يكون للمالك} فقط بلا حصة للعامل فيه {فللعامل أن يأخذ تلك الحصة بالشفعة منه} أي من المالك.

{وأما إذا كانت الدار مشتركة بين المالك والأجنبي فاشترى العامل حصة

حصة الأجنبي ليس للمالك الأخذ بالشفعة، لأن الشراء له فليس له أن يأخذ بالشفعة ما هو له.

الأجنبي} بأن صار حصة الأجنبي للمالك {ليس للمالك الأخذ بالشفعة} لانتفاء موضوع الشفعة {لأن الشراء له} لنفس المال فقد صار كل الملك للمالك، إذ نصفه أولاً كان للمالك، ونصفه الثاني اشتراه العامل بمال المالك فلا موضع للشفعة.

{فليس له أن يأخذ بالشفعة ما هو له}، وهذا الحكم مذكور في الشرائع والقواعد وغيرهما وقرره كافة المعلقين والشراح الذين ظفرت بكلماتهم، وإنما قال قبل ظهور الربح، لأنه إذا كان بعد ظهور الربح كان حصة من المشترى لنفس العامل فكيف يأخذ الشيء الذي لنفسه ولغيره ــ أي المالك ــ بالشفعة، إذ الشفعة أن يأخذ مال شريكه لا مال نفسه، لكن يمكن يقال: إن دليل الشفعة شامل لما بعد ظهور الربح، لأنه عبارة عن أخذ حصة الشريك التي بيعت ــ فيما لم يكن هناك شركاء أكثر من اثنين ــ وهنا العامل يأخذ حصة الشريك التي بيعت، وعدم تمكن العامل من اشتراء كل الحصة، لأن بعض الحصة لنفس العامل لا يمنع من شمول دليل الشفعة للمقام.

(مسألة ٤٢): {لا إشكال في عدم جواز وطي العامل للجارية التي اشتراها بمال المضاربة، بدون إذن المالك، سواء كان قبل ظهور الربح أو بعده، لأنها مال الغير أو مشتركة بينه وبين الغير الذي هو المالك، فإن فعل كان زانياً يحد مع عدم الشبهة كاملاً إن كان قبل حصول الربح، وبقدر نصيب المالك إن كان بعده.

كما لا إشكال في جواز وطيها إذا أذن له المالك بعد الشراء، وكان قبل حصول الربح، بل يجوز بعده على الأقوى من جواز تحليل أحد الشريكين صاحبه وطي الجارية المشتركة بينهما.

وهل يجوز له وطيها بالإذن السابق في حال إيقاع عقد المضاربة أو بعده قبل الشراء أم لا، المشهور على عدم الجواز لأن التحليل إما تمليك أو عقد، وكلاهما لا يصلحان قبل الشراء، والأقوى كما عن الشيخ في النهاية الجواز لمنع كونه أحد الأمرين، بل هو إباحة ولا مانع من إنشائها من قبل الشراء إذا لم يرجع عن إذنه بعد ذلك، كما إذا قال: اشتر بمالي طعاماً ثم كل منه.

هذا مضافاً إلى خبر الكاهلي، عن أبي الحسن (عليه السلام)، قلت: رجل سألني أن أسألك أن رجلاً أعطاه مالاً مضاربة يشتري ما يرى من شيء، وقال له: اشتر جارية تكون معك، والجارية إنما هي لصاحب المال إن كان فيها وضيعة فعليه، وإن كان ربح فله،

فللمضارب أن يطأها، قال (عليه السلام): «نعم»[1].

ولا يضر ظهورها في كون الشراء من غير مال المضاربة من حيث جعل ربحها للمالك، لأن الظاهر عدم الفرق بين المضاربة وغيرها في تأثير الإذن السابق وعدمه.

وأما وطي المالك لتلك الجارية فلا بأس به قبل حصول الربح، بل مع الشك فيه لأصالة عدمه، وأما بعده فيتوقف على إذن العامل، فيجوز معه على الأقوى من جواز إذن أحد الشريكين صاحبه}.

(مسألة ٤٣): {لو كان المالك في المضاربة امرأة فاشترى العامل زوجها، فإن كان بإذنها فلا إشكال في صحته، وبطلان نكاحها ولا ضمان عليه، وإن استلزم ذلك الضرر عليها بسقوط مهرها ونفقتها، وإلا ففي المسألة أقوال:

البطلان مطلقاً للاستلزام المذكور، فيكون خلاف مصلحتها.

والصحة كذلك، لأنه من أعمال المضاربة المأذون فيها في ضمن العقد، كما إذا اشترى غير زوجها.

والصحة إذا أجازت بعد ذلك.

وهذا هو الأقوى، إذ لا فرق بين الإذن السابق والإجازة اللاحقة، فلا وجه للقول الأول، مع أن قائله غير معلوم، ولعله من يقول بعدم

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٩٠ الباب ١١ من أبواب المضاربة ح١.

صحة الفضولي إلا فيما ورد دليل خاص، ومع أن الاستلزام المذكور ممنوع لأنها لا يستحق النفقة إلا تدريجاً، فليست هي مالاً لها قوته عليها، وإلا لزم غرامتها على من قتل الزوج.

وأما المهر فإن كان ذلك بعد الدخول فلا سقوط، وإن كان قبله فيمكن أن يدعى عدم سقوطه أيضاً بمطلق المبطل، وإنما يسقط بالطلاق فقط، مع أن المهر كان لسيدها لا لها.

وكذا لا وجه للقول الثاني بعد أن كان الشراء المذكور على خلاف مصلحتها، لا من حيث استلزام الضرر المذكور، بل لأنها تريد زوجها لأغراض أخر، والإذن الذي تضمنه العقد منصرف عن مثل هذا.

ومما ذكرنا ظهر حال ما إذا اشترى العامل زوجة المالك، فإنه صحيح مع الإذن السابق أو الإجازة اللاحقة، ولا يكفيه الإذن الضمني في العقد للانصراف}.

(مسألة ٤٤): {إذا اشترى العامل من ينعتق على المالك، فإما أن يكون بإذنه أو لا، فعلى الأول و لم يكن فيه ربح صح وانعتق عليه وبطلت المضاربة بالنسبة إليه، لأنه خلاف وضعها، أو خارج عن عنوانها، حيث إنها مبنية على طلب الربح المفروض عدمه، بل كونه خسارة محضة، فيكون صحة الشراء من حيث الإذن من المالك،

لا من حيث المضاربة، وحينئذ فإن بقي من مالها غيره بقيت بالنسبة إليه، وإلا بطلت من الأصل، وللعامل أجرة عمله إذا لم يقصد التبرع.

وإن كان فيه ربح فلا إشكال في صحته، لكن في كونه قراضاً فيملك العامل بمقدار حصته من العبد، أو يستحق عوضه على المالك للسراية، أو بطلانه مضاربةً واستحقاق العامل أجرة المثل لعمله، كما إذا لم يكن ربح أقوال، لا يبعد ترجيح الأخير، لا لكونه خلاف وضع المضاربة، للفرق بينه وبين صورة عدم الربح، بل لأنه فرع ملكية المالك المفروض عدمها.

ودعوى أنه لابد أن يقال: إنه يملكه آناًمّا ثم ينعتق أو بقدر ملكيته حفظاً، لحقيقة البيع على القولين في تلك المسألة، وأي منهما كان يكفي في ملكية الربح، مدفوعة بمعارضتها بالانعتاق الذي هو أيضاً متفرع على ملكية المالك، فإن لها أثرين في عرض واحد: ملكية العامل للربح والانعتاق.

ومقتضى بناء العتق على التغليب تقديم الثاني، وعليه فلم يحصل للعامل ملكية نفس العبد، و لم يفوت المالك عليه أيضاً شيئاً، بل فعل ما يمنع عن ملكيته، مع أنه يمكن أن يقال: إن التفويت من الشارع لا منه.

لكن الانصاف أن المسألة مشكلة بناءً على لزوم تقدم ملكية

المالك وصيرورته للعامل بعده، إذ تقدم الانعتاق على ملكية العامل عند المعارضة في محل المنع.

نعم لو قلنا: إن العامل يملك الربح أولاً بلا توسط ملكية المالك بالجعل الأولي حين العقد وعدم منافاته لحقيقة المعاوضة، لكون العوض من مال المالك والمعوض مشتركاً بينه وبين العامل كما هو الأقوى لا يبقى إشكال، فيمكن أن يقال بصحته مضاربة، وملكية العامل حصته من نفس العبد على القول بعدم السراية، وملكيته عوضها إن قلنا بها.

وعلى الثاني أي إذا كان من غير إذن المالك، فإن أجاز فكما في صورة الإذن، وإن لم يجز بطل الشراء، ودعوى البطلان ولو مع الإجازة لأنه تصرف منهي عنه كما ترى، إذ النهي ليس عن المعاملة بما هي، بل لأمر خارج فلا مانع من صحتها مع الإجازة.

ولا فرق في البطلان مع عدمها بين كون العامل عالماً بأنه ممن ينعتق على المالك حين الشراء أو جاهلاً، والقول بالصحة مع الجهل لأن بناء معاملات العامل على الظاهر، فهو كما إذا اشترى المعيب جهلاً بالحال ضعيف، والفرق بين المقامين واضح.

ثم لا فرق في البطلان بين كون الشراء بعين مال المضاربة، أو في الذمة بقصد الأداء منه، وإن لم يذكره لفظاً.

نعم لو تنازع هو والبائع في كونه لنفسه أو للمضاربة، قدم قول

البائع ويلزم العامل به ظاهراً وإن وجب عليه التخلص منه، ولو لم يذكر المالك لفظاً ولا قصداً كان له ظاهراً وواقعاً}.

(مسألة ٤٥): {إذا اشترى العامل أباه أو غيره ممن ينعتق عليه، فإن كان قبل ظهور الربح ولا ربح فيه أيضاً صح الشراء، وكان من مال القراض، وإن كان بعد ظهوره أو كان فيه ربح فمقتضى القاعدة وإن كان بطلانه لكونه خلاف وضع المضاربة، فإنها موضوعة كما مر للاسترباح بالتقليب في التجارة والشراء، المفروض من حيث استلزامه للانعتاق ليس كذلك، إلا أن المشهور بل ادعي عليه الإجماع صحته، وهو الأقوى في صورة الجهل بكونه ممن ينعتق عليه، فينعتق مقدار حصته من الربح منه، ويسري في البقية، وعليه عوضها للمالك مع يساره، ويستسعى العبد فيه مع إعساره.

لصحيحة ابن أبي عمير، وعن محمد بن قيس، عن الصادق (عليه السلام)، في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى أباه وهو لا يعلم، قال (عليه السلام): «يقوّم فإن زاد درهماً واحداً انعتق واستسعي في مال الرجل»[1].

وهي مختصة بصورة الجهل المنزل عليها إطلاق كلمات العلماء

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٨٨ الباب ٨ من أبواب المضاربة ح١.

أيضاً، واختصاصها بشراء الأب لا يضر بعد كون المناط كونه ممن ينعتق عليه، كما أن اختصاصها بما إذا كان فيه ربح لا يضر أيضاً بعد عدم الفرق بينه وبين الربح السابق، وإطلاقها من حيث اليسار والإعسار في الاستسعاء أيضاً متزل على الثاني، جمعاً بين الأدلة.

هذا ولو لم يكن ربح سابق ولا كان فيه أيضاً لكن تجدد بعد ذلك قبل أن يباع، فالظاهر أن حكمه أيضاً الانعتاق والسراية بمقتضى القاعدة، مع إمكان دعوى شمول إطلاق الصحيحة أيضاً للربح المتجدد فيه، فيلحق به الربح الحاصل من غيره لعدم الفرق}.

(مسألة ٤٦): قد عرفت أن المضاربة من العقود الجائزة، وأنه يجوز لكل منها الفسخ إذا لم يشترط لزومها في ضمن عقد لازم، بل أو في ضمن عقدها أيضاً.

ثم قد يحصل الفسخ من أحدهما وقد يحصل البطلان والانفساخ لموت أو جنون أو تلف مال التجارة بتمامها، أو لعدم إمكان التجارة لمانع أو نحو ذلك، فلا بد من التكلم في حكمها من حيث استحقاق

(مسألة ٤٦): {قد عرفت} في أول الكتاب {أن المضاربة من العقود الجائزة، وأنه يجوز لكل منهما} العامل والمالك {الفسخ إذا لم يشترط لزومها في ضمن عقد لازم} فإذا اشترط كانت لازمة، وإذا فسخ لم يؤثر لما تقدم من أن الشرط يوجب الوضع.

{بل أو في ضمن عقدها أيضاً} بناءً على أن الشرط في ضمن العقد الجائز لازم أيضاً، لكنك قد عرفت فيما سبق أنه مخالف لمقتضى القاعدة، ولذا قال المشهور أن الشرط فيه غير لازم.

{ثم قد يحصل الفسخ من أحدهما} وإذا فسخا في زمان واحد حصل الانفساخ، وعدم ذكر المصنف له لعدم الحاجة إلى ذكره بعد وضوح كفاية فسخ أحدهما.

{وقد يحصل البطلان} التلقائي {والانفساخ، لموت أو جنون أو تلف مال التجارة بتمامها} فينتفي الموضوع، وقد تقدم منه إمكان تلف كل مال المالك ومع ذلك لا تنفسخ، {أو لعدم إمكان التجارة لمانع} في التجارة أو في العامل كما إذا سجن فلا يقدر التجارة {أو نحو ذلك، فلا بد من التكلم في حكمها من حيث استحقاق

العامل للأجرة وعدمه، ومن حيث وجوب الإنضاض عليه وعدمه، إذا كان بالمال عروض، ومن حيث وجوب الجباية عليه وعدمه إذا كان به ديون على الناس، ومن حيث وجوب الرد إلى المالك وعدمه، وكون الأجرة عليه أو لا.

فنقول: إما أن يكون الفسخ من المالك أو العامل، وأيضاً إما أن يكون قبل الشروع في التجارة أو في مقدماتها أو بعده، قبل ظهور الربح أو بعده، في الأثناء أو بعد تمام التجارة

العامل للأجرة وعدمه، ومن حيث وجوب الانضاض عليه وعدمه، إذا كان بالمال عروض} ولم يرد المالك العروض، وإلا فلو أراد المال العروض لم يحق للعامل انضاضه، {ومن حيث وجوب الجباية عليه وعدمه إذا كان به ديون على الناس} وجمع العروض إذا كان متفرقاً فيما أراد المالك نفس العروض {ومن حيث وجود الرد إلى المالك وعدمه} بل على نفس المالك أن يسترد ماله {وكون الأجرة عليه أو لا}، وإذا احتاج تحصيل المال إلى القضاء من حيث لزوم مراجعته القضاء وغير ذلك.

{فنقول: إما أن يكون الفسخ من المالك أو العامل} فيما إذا كان فسخ لا انفساخ {وأيضاً إما أن يكون قبل الشروع في التجارة أو في مقدماتها} كالسفر لأجل اشتراء بضاعة خاصة من بلد آخر أو نحو ذلك من المقدمات {أو بعده} أي بعد الشروع في التجارة {قبل ظهور الربح أو بعده، في الأثناء} أي أثناء التجارة {أو بعد تمام التجارة}.

ولا يخفى عدم التكرار بالنسبة إلى قوله (أو في مقدماتها أو بعده) وقوله

بعد إنضاض الجميع أو البعض أو قبله، قبل القسمة أو بعدها، وبيان أحكامها في طي مسائل:

الأولى: إذا كان الفسخ أو الانفساخ ولم يشرع في العمل ولا في مقدماته فلا إشكال، ولا شيء له ولا عليه، وإن

(في الأثناء) لأن المراد بالأول أوائل الشروع، وبالثاني أواخره أو أواسطه، {بعد انضاض الجميع أو البعض، أو قبله} بأن كان كل المال عروضاً {قبل القسمة} أو في أثنائها، لإمكان الفسخ في أثناء القسمة {أو بعدها} أي بعد قسمة البعض، إذ بعد قسمة التمام لا يبقى محل للفسخ.

{و} هذه الصور {بيان أحكامها في طي مسائل:

الأولى: إذا كان الفسخ} من أحدهما {أو الانفساخ} التلقائي {ولم يشرع} العامل {في العمل ولا في مقدماتها فلا إشكال، ولا شيء له ولا عليه} بل المال يرجع إلى المالك لعدم الموجب لأن تكون له شيء، ولا عليه شيء، لكن ربما يقال: يمكن أن يكون له شيء أو عليه شيء، كما إذا أبطل العامل عمله السابق لأجل عمل المضاربة كعامل البناء، حيث أعطاه زيد درهماً وقال له: لا تعمل هذا اليوم لتعمل لي، فأبطل عمله البنائي.

وقرب الظهر حيث يشرع عمله المضاربي، لأن أهل الأغنام مثلاً في هذا الوقت يأتون إلى البلد لبيع أغنامهم فسخ المالك المضاربة، حيث لا يتمكن العامل من عمل البناء ليحصل على قوت يومه، فإن على المالك إعطاءه الأجرة، لأنه مغرور في ترك عمله فيرجع إلى من غرّه، ولأن ضرره صار بسبب المالك فيشمله «لا ضرر»، فحاله حال ما إذا حبس الحر، حيث اخترنا تبعاً لبعض الفقهاء ضمان قدر عمله، هذا بالنسبة إلى له. وأما بالنسبة إلى عليه فكما إذا سبب العامل ضرر المالك، كما إذا كان العمل في السفر وكان العامل وقت سفرهم

كان بعد تمام العمل والانضاض فكذلك، إذ مع حصول الربح يقتسمانه، ومع عدمه لا شي ء للعامل ولا عليه إن حصلت خسارة، إلا أن يشترط المالك كونها بينهما، على الأقوى من صحة هذا الشرط، أو يشترط العامل على المالك شيئاً إن لم يحصل ربح

هذا اليوم الجمعة وبعد ذلك لا يسافرون إلى الجمعة المقبلة، فأخذ العامل من المالك، ثم لما سافر سائر العمال، حيث لا يقدر المالك من استخدام عامل آخر فسخ العامل المضاربة حيث أوجب جمود مال المالك وعدم تمكنه من استرباحه، فيكون حال العامل حال من حبس مال المالك، حيث إن مقتضى قاعدة الغرور وقاعدة «لا ضرر» أن يكون ضامناً، لكن ليس بناء الفقهاء على ما يظهر من كلمات بعضهم الضمان في كلتا المسألتين، والمسألة بحاجة إلى تأمل أكثر وتتبع أوسع.

{وإن كان بعد تمام العمل والانضاض فكذلك} لا شيء له ولا عليه، لعدم موجب لهما، كما في المستمسك وغيره، {إذ مع حصول الربح يقتسمانه} عملاً بالمضاربة التي انتهت {ومع عدمه لا شيء للعامل} لأنه أقدم على أن لا يكون شيء له إذا لم يكن ربح فهو أهدر عمله {ولا عليه إن حصلت خسارة} لأن المالك أقدم على أن لا يكون لماله ربح ويحتمل الخسارة إن كانت خسارة التجارة {إلا أن يشترط المالك كونها} أي الخسارة {بينهما على الأقوى من صحة هذا الشرط} لقاعدة «المؤمنون عند شروطهم»[1] كما مر في المسألة الرابعة.

{أو يشترط العامل على المالك شيئاً إن لم يحصل ربح} لقاعدة «المؤمنون

(١) الوسائل: ج١٥ ص٤٥ الباب ٤٠ من أبواب المهور ح٢، الكافي: ج٥ ص٤٠٤.

عند شروطهم»، وهي رواية عن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم)، كما رواه المستدرك، عن الغوالي، في كتاب التجارة، وضعف سندها غير ضار بعد الجبر القطعي بعمل الفقهاء بها، ولا دليل على أن الشرط لا يشمل هذين المقامين، لكن أشكل المستمسك على ذلك بقوله: (لكن بعد فسخ العقد يبطل الشرط معه ولا يجب العمل به، نعم قد تجب أجرة المثل أو أقل الأمرين من أجرة المثل لقاعدة الضمان بالاستيفاء).

أقول: إذا قلنا بأن الشرط في ضمن العقد الجائز لازم الوفاء به له لم يهم في وجوب العمل بالشرط تمام العمل العقدي وعدمه، كما إذا استأجر داره في هذا اليوم بشرط أن يخيط ثوبه، فإنه إذا انتهى اليوم لا يسقط وجوب خياطة ثوبه عليه، لأنه مقتضى دليل الشرط كما يفهم العرف، نعم إن لم نقل بوجوب الوفاء في العقد الجائز تم ما ذكره المستمسك، لكن تعليله غير تام حينئذ.

{وربما يظهر من إطلاق بعضهم ثبوت أجرة المثل مع عدم الربح} كأنه أشار بذلك إلى ما ذكره العلامة في التذكرة حيث قال: (فإن فسخا العقد أو أحدهما فإن كان قبل العمل عاد المالك في رأس المال ولم يكن للعامل أن يشتري بعده، وإن كان قد عمل، فإن كان المال ناضاً ولا ربح فيه أخذه المالك أيضاً، وكان للعامل أجرة عمله إلى ذلك الوقت أيضاً) انتهى.

وربما حمل ذلك على أنه كان متعارفاً الأجرة في هذه صورة، وحيث بنيت المضاربة على المتعارف كان اللازم عليه الأجرة من باب الشرط الضمني، بضميمة أن مثل هذا الشرط لازم الوفاء به، لكن يرد هذا الوجه أنه قال في

ولا وجه له أصلا لأن بناء المضاربة على عدم استحقاق العامل لشي ء سوى الربح على فرض حصوله كما في الجعالة.

القواعد: (وإذا فسخ القراض والمال ناض لا ربح فيه أخذه المالك ولا شيء للعامل) انتهى.

نعم يمكن الجمع بين كلاميه بأن الثاني فيما إذا لم يعمل العامل فيه، أو أن المراد لا شيء من المال المقرر، أي الربح، لأنه سالبة بانتفاء الموضوع، وإذا تم الحمل المذكور في كلام التذكرة ظهر وجه النظر في رد الجواهر له، فإنه نسبه إلى الغرابة، وعلله في المستمسك بأنه خلاف مبنى المضاربة.

وفيه: إنه لم يظهر ذلك، لأن العمال حيث يريدون سد حاجاقم، ولا يريدون استبداد الملاك بأكثرية الربح يجعلون لأنفسهم الحصة في الربح لا الأجرة، مع تطلبهم الأجرة في قبال عملهم إذا لم يكن ربح، أو كان الربح الذي يصيبهم أقل من الأجرة.

وكيف كان، فإذا كان هذا الشرط ولو ضمناً كان للعامل ذلك، ثم إن الظاهر أن المصنف نسب ذلك إلى الإطلاق حيث احتمل أن العلامة أراد بذلك صورتي الشرط وعدمه، فإطلاقه يشمل صورة عدم الشرط.

وكيف كان، فإذا لم يكن شرط لم تكن له الأجرة {لأن بناء المضاربة على عدم استحقاق العامل لشيء سوى الربح على فرض حصوله كما في الجعالة} فإنه لا إشكال في أن العامل لا يستحق شيئاً إذا لم يحصل الأمر المجعول له، نعم إذا كان هناك أيضاً شرط ولو ضمني استحق الأجرة، على ما ذكرناه في المضاربة.

الثانية: إذا كان الفسخ من العامل في الأثناء قبل حصول الربح فلا أجرة له لما مضى من عمله، واحتمال استحقاقه لقاعدة الاحترام لا وجه له أصلاً

{الثانية: إذا كان الفسخ من العامل في الأثناء} أثناء العمل {قبل حصول الربح فلا أجرة له} لما تقدم في الأولى من أنه مقتضى المضاربة ــ إذا لم يكن شرط ضمني ــ فلا يستحق {لما مضى من عمله} شيئاً، لكن قد ذكرنا في بعض المسائل السابقة أن ربح المستقبل لو كان جزء سببه عمل العامل كان من موضوع ماله ربح، فالمراد بـ (قبل) الأعم من الربح الحالي والربح المستقبلي لأنه ربح أيضاً.

{واحتمال استحقاقه لقاعدة الاحترام} المستفادة من «لا يتوى حق امرئ مسلم»[1] ونحوه، حيث إن عمله يوجب حقاً له، كما في موارد الإجارة، كما إذا استأجره لنشدان الضالة، أو إلقاء الشبكة في البحر ورقابتها كيما يحصل السمك احتمالاً وما أشبه ذلك.

{لا وجه له أصلاً} لأن الاحترام إنما يكون إذا لم يهدر الإنسان احترام عمل نفسه، والعامل بإقدامه على أن لا شيء له إذا لم يربح قد أهدر عمل نفسه.

أما ما ذكره المستمسك بقوله: (على أنك قد عرفت أنها لا توجب الضمان، لأن احترامه يقتضي حرمة اغتصابه لا ضمان ما يقع منه) انتهى.

ففيه: إنه لا حاجة إلى الاغتصاب، بل إذا كان إنسان سبباً لعمله بدون قبوله التبرع كان إطلاق «لا يتوى» سبباً لثبوت حقه.

---

(١) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ باب نوادر الشهادات ح٥.

وإن كان من المالك أو حصل الانفساخ القهري ففيه قولان، أقواهما العدم أيضاً بعد كونه هو المقدم على المعاملة الجائزة التي مقتضاها عدم استحقاق شيء إلا الربح

{وإن كان} الفسخ {من المالك أو حصل الانفساخ القهري} بموت أو جنون أو نحوهما {ففيه قولان}: أجرة المثل، كما في الشرائع، وعن المختصر النافع والإرشاد واللمعة والروض وغيرهم، كما حكاه عنهم مفتاح الكرامة وغيره، وعلله في المسالك بأن عمله محترم صدر بإذن المالك لا على وجه التبرع بل في مقابلة الحصة، وقد فاتت بفسخ المالك قبل ظهور الربح فيستحق أجرة المثل إلى حين الفسخ.

خلافاً للمسالك وظاهر القواعد، لأنه تنظر في استحقاقه الأجرة، واختيار الجواهر وغيرهم فقالوا بعدم الأجرة، واختاره المصنف.

ولذا قال: {أقواهما العدم أيضاً بعد كونه هو المقدم على المعاملة الجائزة التي مقتضاها عدم استحقاق شيء إلا الربح}، ولو شك كان الأصل العدم.

وما يمكن أن يستدل به للأجر قاعدة الاحترام المردودة بأن العامل هو الذي أذهب احترام عمله كما تقدم، وقاعدة الاستيفاء المردودة بأن المالك لم يستوف شيئاً، وقاعدة التفويت المرددة بأنها إنما توجب الضمان على المفوت إذا لم يقدم العامل على الفوت وهنا قد أقدم.

هذا ويمكن أن يقال: عدم حصول الربح لو استمر في المضاربة إذا علم به يكون أولى في عدم استحقاقه، لأنه إن استمر إلى الأخير لم يكن له شيء، فأولى إذا لم يستمر، وجه الأولوية أنه لم يضيع بقايا عمله التي كان يعملها إذا لم يكن فسخ.

ثم إن كلام جملة منهم وإن كان في كل من الفسخ والانفساخ، إلا أن عدم الاستحقاق في صورة الانفساخ بطريق أولى، حيث إنها أبعد عن تفويت المالك حق العامل.

ولا ينفعه بعد ذلك كون إقدامه من حيث البناء على الاستمرار.

الثالثة: لو كان الفسخ من العامل بعد السفر بإذن المالك وصرف جملة من رأس المال في نفقته، فهل للمالك تضمينه مطلقاً

{ولا ينفعه بعد ذلك} الذي هو أقدم على معاملة جائزة {كون إقدامه من حيث البناء على الاستمرار} إذ هذا البناء وحده لا يوجب استحقاقه الأجرة بعد أن كان يعلم أنه معرض للفسخ الموجب لعدم شيء له فهو مقدم على هدر عمله، كما في الجعالة، حيث إنه أقدم على عدم استحقاقه الجعل إن لم يظفر بالشيء المجعول له المال بالشروط المحددة للجعل.

ثم إن مقتضى ما ذكرنا من عدم استحقاقه الأجرة، أنه لا فرق بين أن استفاد المالك من عمل العامل علماً أم لا، كما إذا أخذ العامل في المقدمات التي لا تحتاج إلى المال، لكنها تزيد المالك خبرة، مثلاً أخذ العامل يدور على التجار ليعلم الأجناس ومواضعها وقيمها وما أشبه ذلك وقال كل ذلك للتاجر، فإنها ليست أرباحاً، وإن كانت أفادت التاجر مالاً في المستقبل حيث لا يحتاج إلى دوران أسبوع مثلاً ليعرف موقع حاجته.

{الثالثة: لو كان الفسخ من العامل بعد السفر} أو شبه السفر {بإذن المالك} إذناً خاصاً أو بمقتضى إطلاق عقد المضاربة، إذ لا دليل إلى الاحتياج إلى الإذن الخاص مع وجود الإطلاق.

{وصرف جملة من رأس المال في نفقته فهل للمالك تضمينه مطلقاً}، سواء كان لعذر أو لا لعذر، لأنه أضر بالمالك فيشمله دليل «لاضرر»[1] بتقريب أن عدم

(١) الوسائل: ج١٧ ص٣٤٠ الباب ١٢ من إحياء الموات ح١.

أو إذا كان لا لعذر منه وجهان، أقواهما العدم لما ذكر من جواز المعاملة وجواز الفسخ في كل وقت، فالمالك هو المقدم على ضرر نفسه.

تضمينه ضرر مثل ما استدلوا به في باب خيار العبن ونحوه، أو التقريب الذي ذكرناه من دلالة الرواية على العقد الإيجابي أيضاً، حيث إن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) استدل بها لأجل الإيجاب بقلع شجرة سمرة.

{أو إذا كان} الفسخ {لا لعذر منه} مثل مرض أو نحوه، حيث إن في صورة العذر لم يكن عامداً في إضرار المالك، فيشمله مثل قوله (عليه السلام): «ما غلب الله عليه فهو أولى بالعذر»[1].

{وجهان، أقواهما العدم} مطلقاً {لما ذكر} في الثانية {من جواز المعاملة وجواز الفسخ في كل وقت} أراده أحدهما، سواء تضرر الآخر بالفسخ أو لا، فلا مقتضى للضمان.

{فالمالك هو المقدم على ضرر نفسه} حيث أقدم على مثل هذا العقد، وقول المستمسك: (إنما يتم ذلك إذا كان المالك يحتمل الفسخ، أما إذا كان لا يحتمله فلا إقدام منه، فالعمدة عدم موجب للضمان، لا حال السفر ولا حال الفسخ) يرد عليه أنه لو لا الإقدام لم يكن مجال للعمدة، لأنه إذا لم يهدر ماله بإقدامه كان موجب الضمان «لا ضرر» و«لايتوى» و«على اليد ما أخذت» وما أشبه ذلك.

---

(١) البحار: ج٢ ص٢٧٣ ح١١.

الرابعة: لو حصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح وبالمال عروض لا يجوز للعامل التصرف فيه بدون إذن المالك

وهل يقول المستمسك بحق المجعول له إذا صرف وقته وكان قاطعاً بالظفر بالشيء المجعول له المال، مستدلاً بأنه لم يكن يحتمل عدم الظفر فلا إقدام منه، والوجه واضح في المقامين، فإن الإقدام على مثل هذه المعاملة إقدام على لوازمها، سواء علم تفصيلاً اللوازم أو لم يعلم، والأمثلة لذلك كثيرة، كما إذا أقدم على مهر كثير بزعم بقاء الزوجة فماتت، أو طلقها قبل الدخول أو بعده، فإن عليه كل المهر أو نصفه، ولا يصح له أن يقول: إني لم أكن أحتمل الموت أو الطلاق، فلست مقدماً على إعطاء مثل هذا المال، إلى غير ذلك من الأمثلة.

وبما ذكرناه ظهر وجه النظر في كلام السيد البروجردي، حيث علق على (أقواهما) بقوله: (مشكل جداً مع عدم العذر، لأن استحقاقه لنفقة السفر قد ثبت بالنص، وشمول إطلاقه له بعيد).

إذ يرد عليه أولاً: إنه لا وجه لعدم شمول الإطلاق.

وثانياً: بأن ذلك مقتضى المعاملة في المحتاجة إلى السفر.

وثالثاً: خصوصاً إذا أذن المالك إذناً خاصاً.

{الرابعة: لو حصل الفسخ أو الانفساخ قبل حصول الربح وبالمال عروض، لا يجوز للعامل التصرف فيه بدون إذن المالك} إذناً سابقاً أو حالاً، كما أفتى به الشرائع وغيره، خلافاً لمن أجاز التصرف.

وجه الأول: إن الفسخ والانفساخ رافع للمعاملة التي أوجبت الإذن في التصرف، والمفروض أنه لا إذن خاص له فلا يجوز أن يتصرف في مال الناس بدون رضاهم تصرفاً تقليبياً فكيف التصرف

ببيع ونحوه، وإن احتمل تحقق الربح بهذا البيع، بل وإن وجد زبون يمكن أن يزيد في الثمن فيحصل الربح، نعم لو كان هناك زبون بانٍ على الشراء بأزيد من قيمته لا يبعد جواز إجبار

{ببيع ونحوه} من التصرفات الناقلة ونحوها.

أما قول المصنف: {وإن احتمل تحقق الربح بهذا البيع} فلأن الاحتمال لا يقاوم دليل عدم جواز التصرف في أموال الناس.

أما القول بالجواز مطلقاً، فكأنه يتمسك بأن هذا التصرف من شؤون المضاربة فيشمله دليل العقد المتضمن للأذن، وفيه عدم تسليم أنه من شؤونها حتى بعد الفسخ والانفساخ، فدليل عدم الجواز بلا مزاحم.

{بل وإن وجد زبون يمكن أن يزيد في الثمن فيحصل الربح} لإطلاق دليل المنع، لكن في تعليقة السيد البروجردي مع هذا الاحتمال: لا يبعد جواز مطالبة رب المال بتمكينه من البيع والانضاض.

أقول: مقتضى القاعدة أن يكون للعامل حق الاستعلام، سواء بواسطة نفسه أو بواسطة المالك، لاحتمال وجود حقه فيه احتمالا عقلائياً، فهو مثل لزوم الفحص على المالك فيما احتمل وجود حق العامل في ماله بعد أن مات العامل، فإنه المستفاد من مثل «لا يتوى» بالاستفادة العرفية، فلا يقال: إنه حيث لا يعلم بالحق لا يشمله دليل «لا يتوى»[1].

{نعم لو كان هناك زبون بان على الشراء بأزيد من قيمته لا يبعد جواز إجبار

(١) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ باب نوادر الشهادات ح٥.

المالك على بيعه منه، لأنه في قوة وجود الربح فعلاً، ولكنه مشكل مع ذلك، لأن المناط كون الشيء في حد نفسه زائد القيمة والمفروض عدمه

المالك على بيعه منه، لأنه في قوة وجود الربح فعلاً} بل الربح موجود لا أنه في قوته، فإن الشيء له مالية كذا الآن، بل لا يبعد أن يكون الأمر كذلك إذا لم يكن المشتري المذكور موجوداً الآن، بل سيوجد قريباً، كما إذا كان غداً تأتي قافلة الحجاج فيشترون البضاعة بأغلى، إذ العرف يحسب مثل ذلك مالاً وإن لم يكن الآن.

وعليه فقوله: {ولكنه مشكل مع ذلك، لأن المناط كون الشيء في حد نفسه زائد القيمة، والمفروض عدمه} غير ظاهر الوجه، وربما علل بأنه لا سلطنة له على المالك في صورة ظهور الربح الذي لا يزيد على كونه شريكاً، ضرورة أنه لا سلطنة للشريك على بيع مال الشركة بغير إذن شريكه، إذ يرد على المناط المذكور أنه لا دليل على مثل هذا المناط بعد حكم العرف أنه ربح، ولذا إذا تنزلت القيمة السوقية للبضاعة ثم وجد شخص يشتريها بقيمته السابقة غير المتنزلة فلم يبعها وكيله ثم باعها بالقيمة المتنزلة قال العرف: إن الوكيل سبب خسارة المالك، ومن المعلوم أن الخسارة والربح والتساوي أمور ثلاثة ترد على موضوع واحد، فإذا صدق أحدها صدق الاثنان الآخران.

أما العلة المذكورة ففيها:

أولاً: إن له الإجبار، كما في كل مال مشترك.

وثانياً: إن له بيع حصة نفسه إذا لم نقل بالإجبار، فإن الشريك لا سلطنة له على مال شريكه، لكنه مسلط على قدر مال نفسه في المال المشترك.

ومما ذكر يعلم وجه النظر في كلام المستمسك حيث ذكر العلة ساكتاً

عليها، وفي كلام السيد البروجردي حيث قبل بمناط المصنف قائلاً: (هذا هو المناط في اشتراكه مع المالك في نفس العروض، وأما استحقاقه لتحصيل الربح المالي منها الذي هو الغرض الأقصر من المضاربة فمناطه كونها معرضاً له بالبيع، سواء كان لأجل زيادة قيمتها السوقية، أو لوجود الراغب الشخصي فالأقوى عدم الفرق بينهما)، كما ظهر وجه النظر في كلام الجواهر فراجع.

ومما تقدم يعلم أن حال ما يشتري في مكان آخر بالربح حال ما يشتري في زمان آخر بالربح، وقد عرفت أنه مثل ما إذا كان يشتريه زبون خاص بالربح، وكذا إذا كان يشتري بشرط خاص بالربح، كما إذا كان فرد باب أو حذاء بدرهم، أما إذا اشترى له فرد آخر بدرهم صار الزوج بثلاثة دراهم، والمناط صدق الربح عرفاً وهو موجود في كل الأقسام المذكورة.

{وهل يجب عليه البيع والانضاض إذا طلبه المالك} أو لا، وقد حصل الفسخ أو الانفساخ {قولان}: الوجوب لموضع من المبسوط وجامع الشرائع والقواعد، وعدمه للشرائع والروضة والمسالك {أقواهما} عند المصنف {عدمه} لأنه إذا حصل الفسخ، فلا وجه لإلزام العامل بشيء، فإنه لايشمله دليل الوفاء بالعقد[1]، ولا دليل آخر في المقام، والأصل البراءة.

---

(١) سورة المائدة: الآية ١.

ودعوى أن مقتضى قوله (عليه السلام): «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» وجوب رد المال إلى المالك كما كان، كما ترى.

{و} أما القائل بالوجوب، فقد استدل بأنه المعهود المتعارف المبني عليه العقد، وفي كثير من الأحيان لا يقدر المالك على البيع والانضاض ولا تنفعه العين، ولعله أشار إلى ذلك ما في القواعد بقوله: الأقرب إجباره على البيع ليرد المال كما أخذه، وفيه منع كونه المعهود المتعارف فلما فسخ لا مجال لجبر أحدهما بشيء متعلق بالعقد الزائل، وعدم إمكان المالك للبيع لا يوجب حقاً على آخر، بل يعطي الأجرة لمن باع.

{ودعوى أن مقتضى قوله (عليه السلام)} كما في مستدرك الوسائل في كتاب الوديعة: {«على اليد ما أخذت حتى تؤدي»}[1] مما اشتهر بينهم، بل أجمعوا على الاستناد إليه {وجوب رد المال إلى المالك كما كان} فدليل المضاربة، وإن لم يشمل البيع والانضاض، إلا أنه مقتضى دليل آخر {كما ترى} وذلك لما في جامع المقاصد من (أن الظاهر منه رد المأخوذ، أما رده على ما كان عليه فلا دلالة له، والتغيير بما حدث كان بإذن المالك وأمره) انتهى.

ومراده أن ظاهر الحديث وإن كان الرد كما كان، إلا أنه لا يشمل قيد (كما كان) إذا كان التغيير بإذن المالك.

ومما تقدم يعلم الجواب عن دليل «لا ضرر»[2]، إذا كان عدم الانضاض ضرراً

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من أبواب العارية ح١٢.

(٢) الكافي: ج٥ ص٢٨٠، التهذيب: ج٧ ص١٤٦ ح٦٥١.

الخامسة: إذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح قبل تمام العمل أو بعده ــ وبالمال عروض، فإن رضيا بالقسمة كذلك فلا إشكال، وإن طلب العامل بيعها فالظاهر عدم وجوب إجابته

إذ هو نشأ من أمر المالك وإذنه، فلا دليل على إجبار غيره برفع الضرر، وكذلك الجواب عن دليل رد الأمانات[1].

وقد ظهر مما ذكر عدم وجوب تبديل المتاع بغيره إذا أراده المالك، وكذلك إذا كان نضاً فأراد المالك تبديله بالمتاع، ولذا لم يقل بأي منهما أحد.

{الخامسة: إذا حصل الفسخ أو الانفساخ بعد حصول الربح قبل تمام العمل أو بعده وبالمال عروض، فإن رضيا بالقسمة كذلك فلا إشكال} ولا خلاف، إذ الحق لا يعدوهما، من غير فرق بين جعل العروض لأحدهما والنض للآخر، أو تقسيم كل منهما لهما، أو غير ذلك.

{وإن طلب العامل بيعها فالظاهر} عند المصنف {عدم وجوب إجابته} للأصل بعد أن أحد الشريكين لا يسلط على إجبار الشريك على البيع، لأن الإجبار خلاف تسلط الناس على أموالهم[2].

نعم للعامل بيع حصة نفسه، كما تقدم في المسألة السابقة، ولذا علله المسالك بإمكان وصول العامل إلى حقه بقسمه العروض، خلافاً لما في القواعد

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعة ح١٢.

(٢) بحار الأنوار: ج٢ ص٢٧٣.

وإن احتمل ربح فيه خصوصاً إذا كان هو الفاسخ، وإن طلبه المالك ففي وجوب إجابته وعدمه وجوه،

من أنه يجبر المالك على إجابته، وعلله المسالك بوجوب تمكين العامل من الوصول إلى غرضه الحاصل بالإذن، وربما لم يوجد راغب في شراء بعض العروض، أو وجد لكن بنقصان، أو رجي وجود زبون يشتري بأزيد فيزيد الربح، ولا ريب أن للعامل مزية على الشريك من حيث إن حقه يظهر بالعمل والربح عوضه، انتهى.

وأشكل عليه المستمسك بأنه لا يرجع إلى محصل يخرج به عن قواعد الشركة المانعة من تسلط الشريك على إجبار شريكه الآخر.

أقول: الظاهر عدم حقه في الإجبار كما تقدم.

{و} ما ذكره الشهيد الثاني يصلح وجهاً {إن احتمل ربح فيه} يظهر بالبيع لما سبق في الرابعة، فإطلاق كل من القولين محل نظر، ولا خصوصية لقوله: {خصوصاً إذا كان هو الفاسخ} إذ كونه فاسخاً وعدمه لا يؤثر في عدم حقه في البيع في الأولى وحقه في البيع في الثانية، وكأنه لذا قال بعض المعلقين: الأحوط الإجابة مع احتمال حصول الربح قبل البيع.

{وإن طلبه المالك ففي وجوب إجابته وعدمه وجوه}:

الأول: الوجوب مطلقاً، لتسلط الناس على أموالهم، فهو يريد انفصال ماله

ثالثها التفصيل بين صورة كون مقدار رأس المال نقداً فلا يجب، وبين عدمه فيجب، لأن اللازم تسليم مقدار رأس المال كما كان، عملاً بقوله (عليه السلام): «على اليد»

عن مال شريكه، وقد قال المستمسك: إنه الأوفق بالقواعد، وقال به جماعة من المعلقين أيضاً.

الثاني: عدم الوجوب، كما هو ظاهر الشرائع وغيره، مطلقاً للأصل بعد إمكان وصول المالك إلى حقه بقسمة العروض فلا وجه للوجوب.

{ثالثها: التفصيل بين صورة كون مقدار رأس المال نقداً فلا يجب، وبين عدمه فيجب} كما أفتى به القواعد وجامع المقاصد وغيرهما {لأن اللازم تسليم مقدار رأس المال كما كان عملاً بقوله (عليه السلام): «على اليد»}[1] فإن كان مقدار رأس المال نقداً فقد سلمه، والأصل عدم وجوب الإجابة في الزائد عليه.

أما إذا لم يكن مقدار رأس المال نقداً، فدليل «على اليد» يلزمه على البيع.

لكن لا يخفى أن هذا التفصيل لا يتم على إطلاقه، إذ في صورة كون بعض قدر رأس المال غير نقد يدل هذا الدليل على لزوم البيع بالنسبة إلى تكملة النقد لا مطلقاً.

ولا يخفى أنه لا يستفاد من كلام القواعد وبعض آخر إطلاق الإجبار في صورة عدم نقد كل رأس المال، بل ظاهره الإجبار بقدر أن ينض متمم رأس المال

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعة ح١٢.

والأقوى عدم الوجوب مطلقاً وإن كان استقرار ملكية العامل للربح موقوفاً على الانضاض، ولعله يحصل الخسارة بالبيع، إذ لا منافاة

لأنه قال: وكذا يجبر مع الربح، ولو نض قد رأس المال فرده العامل لم يجبر على انضاض الباقي وكان مشتركاً بينهما.

وجعل في الجواهر مبنى الخلاف في المقام الخلاف فيما يتحقق به استقرار ملك العامل للربح، فإن كان الاستقرار بالفسخ لم يكن للمالك الإجبار، وإن كان الاستقرار يتوقف على الانضاض، لأنه من تتمة المضاربة، فلابد من القول بالوجوب، لأن المضاربة باقية والبيع من توابعها.

لكن المصنف لم يرتض بهذا البناء فقال: {والأقوى عدم الوجوب مطلقاً وإن كان استقرار ملكية العامل للربح موقوفاً على الانضاض، ولعله يحصل الخسارة بالبيع} أو لا يربح فلا حق للعامل، فما لم ينض لا دليل على أن العامل له حق {إذ لا منافاة} بين كون الانضاض من تتمة المضاربة وبين عدم وجوب البيع على العامل، فلا دليل على التلازم بين كون الانضاض من تتمة المضاربة وبين وجوب البيع على العامل، كما جعل الجواهر التلازم بينهما.

كما لا منافاة بين عدم كون الانضاض من تتمة المضاربة وبين وجوب البيع على العامل، حيث لم يجعل الجواهر التلازم.

وجه عدم المنافاة في الأول: إن المضاربة لما انفسخت لم يكن عقد حتى يوجب شيئاً على العامل، من بيع أو غيره، فمن أين وجوب البيع على العامل بعد الفسخ.

ووجه عدم المنافاة في الثاني: إن من الممكن عدم كون الانضاض من تتمة المضاربة، ومع ذلك يجب البيع على العامل بدليل تعبدي، مثل «على اليد ما أخذت» أو نحوه.

فنقول: لا يجب عليه الانضاض بعد الفسخ، لعدم الدليل عليه، لكن لو حصلت الخسارة بعده قبل القسمة بل أو بعدها يجب جبرها بالربح حتى أنه لو أخذه يسترد منه.

السادسة: لو كان في المال ديون على الناس

وإذا عرفت وجه الاحتمالات الثلاثة {فنقول: لا يجب عليه الانضاض بعد الفسخ لعدم الدليل عليه} إذ الدليل إما المضاربة وإما «لا ضرر» وإما «على اليد»، وقد عرفت في مسألة سابقة انتهاء المضاربة بالفسخ، كما أن الدليلين لا يدلان على الوجوب.

{لكن} لا يلازم عدم وجوب البيع عدم جبران الخسارة إذا ظهرت بعد الفسخ، إذ الخسارة لا تدع مكاناً لحصة العامل، سواء أخذها أو لم يأخذها، ظهر قبل الفسخ أو بعده، لأنه دخل على عدم حصة له وهدر عمله إذا كانت خسارة، وذلك لا يرتبط بظهور الخسارة قبل الفسخ.

فـــ {لو حصلت الخسارة بعده} أي بعد الفسخ {قبل القسمة بل أو بعدها يجب جبرها بالربح حتى أنه لو أخذه} العامل {يسترد منه} وقد تقدم أنه لو تصرف فيه تصرفاً ناقلاً أخذ منه بدله.

أقول: قد تقدم بعض الكلام في ذلك في المسألة الخامسة والثلاثين فراجعها.

{السادسة: لو كان في المال ديون على الناس} فحصل فسخ وانفساخ من

فهل يجب على العامل أخذها وجبايتها بعد الفسخ أو الانفساخ أم لا، وجهان، أقواهما العدم،

أحدهما أو كليهما، أو انتهت مدة المضاربة {فهل يجب على العامل أخذها وجبايتها بعد الفسخ أو الانفساخ} كما ذكره جمع منهم المبسوط وجامع الشرائع واالشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والإرشاد والروض والقواعد والمسالك وغيرهم، على ما حكي عن بعضهم، {أم لا} كما ذهب إليه آخرون، وإن كان القول الأول أشهر، بل المشهور، {وجهان} بل قولان كما عرفت.

استدل للأول: بما في المسالك وغيره من أن مقتضى المضاربة رد رأس المال على صفته والديون لا تجري مجرى المال، وأن الدين ملك ناقص، وأن الذي أخذه كان ملكا تاماً، فاللازم أن يرده كما أخذه لظاهر «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» وإذن المالك بالإدانة إنما كانت على طريق الاستيفاء لا مطلقة بدلالة القرائن ولاقتضاء الخبر ذلك.

لكن المصنف قال: {أقواهما العدم} للأصل بعد عدم تمامية الأدلة المذكورة، إذ (مقتضى المضاربة) قد سقط بالفسخ وإذا انتفت العلة انتفى المعلول، و(على اليد) لا يشمل المقام، لأن المالك قد دخل على أنه عقد جائز، فهو الذي أهدر حقه بعد كون مقتضى الجواز الفسخ، وإذا فسخت فلا شيء ملزم للعامل أن يعمل لأجل مال المالك، و(إذن المالك) لم يكن إذناً خارجياً، بل في ضمن المضاربة، فاللازم ملاحظة مقتضى المضاربة لا أكثر من ذلك، و(الخبر) لم يدل على هذا الفرع بالذات، وإن كان أراد انصراف الخبر، ففيه إنه لو سلم فهو بدوي.

ثم إنه قد ذهب جملة من المعلقين إلى الوجوب فتوىً كالسيد البروجردي

من غير فرق بين أن يكون الفسخ من العامل أو المالك.

السابعة: إذا مات المالك أو العامل قام وارثه مقامه فيما مر من الأحكام.

أو احتياطاً كالسيد ابن العم، وفصل السيد الجمال قائلاً: (الأقوائية بإطلاقها ممنوعة، بل لو كان الفسخ من العامل فلا يبعد وجوب الجباية)، وفيه: عدم الفرق بين كون الفسخ من العامل أو غيره بعد أن دخل المالك على هدر حقه، حيث إنه قبل بالمضاربة التي تنتفي بالفسخ فلا يبقى حق لأحدهما على الآخر.

ولذا قال المصنف: {من غير فرق بين أن يكون الفسخ من العامل أو المالك} ومنه يعلم حال الانفساخ.

{السابعة: إذا مات المالك أو العامل قام وارثه مقامه فيما مر من الأحكام} إذا ثبت أن المالك له حق على العامل في الانضاض واستيفاء الديون، فإذا مات المالك انتقل هذا الحق منه على العامل إلى وارثه، لقاعدة «ما تركه الميت فلوارثه»، وكذا إذا ثبت حق العامل على المالك في جواز بيع العروض بعد الفسخ ومات العامل انتقل حقه إلى وارثه.

أما إذا لم نقل بأي من الحقين فليس للميت منهما حق ينتقل إلى وارثه، فاحتمال استصحاب عدم حق على ورثة أحدهما على الآخر غير تام الأركان، إذ لا شك في اللاحق، لإطلاق دليل «ما تركه الميت فلوارثه» إن كان عدم الحق في السابق، حيث حياة المورث.

ومنه يعلم أقوائية ما اختاره الشرائع حيث قال: (وكذا لو مات رب المال

وهو عروض كان له البيع إلا أن يمنعه الوارث وفيه قول) انتهى. إلا أنه لا وجه للاستثناء، فإنه إذا كان حقاً للعامل فمن أين يحق للوارث منعه.

ومنه يعلم وجه النظر في كلام المستمسك، حيث قال: (وظاهر الشرائع أن جواز البيع الثابت للعامل ثابت له مع موت المالك، إلا أن يمنعه وارث المالك، ولكنه غير ظاهر الوجه، فإن المأذون لا يجوز له التصرف في المأذون فيه مع موت الآذن، للانتقال إلى الوارث المقتضي لحرمة التصرف فيه بغير إذنه، ولا يكفي في جوازه عدم المنع من المالك، ولذلك كان القول الآخر الذي حكاه في الشرائع هو المتجه) انتهى.

وفيه: إن تصرف العامل كان حقاً له على المالك، فمن أين سقط حقه بالموت، و لم يكن مجرد إذن حتى إذا مات الآذن يذهب الإذن ويكون الاختيار بيد الوارث.

ثم إن السيد البروجردي وجملة من المعلقين قالوا عند قول المصنف (قام وارثه): (فيما له من الأموال والحقوق، وأما ما عليه من الحقوق فلا، كما إذا مات العامل وقلنا بوجوب الانضاض عليه مع مطالبة المالك) انتهى. وهو وإن كان في محله في الجملة، إلا أن إطلاقه محل نظر، إذ لو كان على العامل حق في قبال ما له من الحق لا يصح أن يقال بانتقال حقه الدي له إلى وارثه دون أن يقوم الوارث بما عليه من الحق، لأنهما في قبال الآخر، فكيف ينتقل أحدهما فقط، وكذلك بالنسبة إلى المالك.

الثامنة: لا يجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ أزيد من التخلية بين المالك وماله، فلا يجب عليه الإيصال إليه، نعم لو أرسله إلى بلد آخر غير بلد المالك

{الثامنة: لا يجب على العامل بعد حصول الفسخ أو الانفساخ أزيد من التخلية بين المالك وماله، فلا يجب الإيصال إليه} لأصالة عدم الوجوب، خلافاً لفتوى ابن العم وقول السيد البروجردي بوجوب الإيصال، وكأن وجه ذلك أن الإيصال من مقتضى المضاربة. وفيه: إن المضاربة بعد الفسخ لا بقاء لها حتى يلزم ما كان تقتضيه.

ومنه يعلم عدم صحة الاستدلال لذلك بدليل اليد، بالإضافة إلى أنها لا تدل على الإيصال، بل التخلية أداء، فإذا وضع عنده أمانة كان رفع يده عنها عند إرادة المالك إياها {أداءً} عرفاً، والقول بأن الواجب الإيصال لكنه إذا احتاج إلى أجرة على المالك جمعاً بين الحقين، فيه: إنه لا حق في الإيصال حتى يجمع بينهما بذلك.

نعم لا شك أن صرف التخلية لو كان موجباً للخطر على المال لم يجز له إلا التخلية فيما لا خطر إذا لم يتمكن المالك من رفع الخطر، كما إذا كانت شاة بيد الراعي الذي معه كلب في مذئبة، حيث إن تخليه عن الشاة يعرضها للافتراس، فإن مثل هذه التخلية لا تسمى أداءً، نعم إذا كان للحفظ أجرة كانت على المالك جمعاً بين الحقين.

{نعم لو أرسله إلى بلد آخر غير بلد المالك}، ينبغي أن يزاد ببلد المالك بلد المال الذي اختاره المالك أن يكون بلداً للمال لا البلد الذي يسكنه المالك،

إذ العبرة بذلك، فإذا كان المالك يسكن بغداد لكن أمواله التجارية في بيروت، وقد أعطى من هناك المال للعامل كانت العبرة ببيروت، حيث إن بيروت منطلق تجارته، بل ربما لا يريد إيصال المال إلى بغداد لأنه بلد تسلط عليه الاشتراكيون مثلاً.

وكيف كان {ولو كان} الإرسال {بإذنه يمكن دعوى وجوب الرد إلى بلده} وجه الإمكان أنه من توابع المضاربة، فمقتضى «لا ضرر»[1]، و«على اليد»[2] وما أشبه ذلك وكون الإرسال بإذنه لا يخرجه عن الأدلة المذكورة.

{لكنه مع ذلك مشكل} بل اللازم التفصيل بين ما إذا كان بإذنه ــ الإذن المستفاد من إطلاق المضاربة ــ فلا يجب إذ المضاربة انتهت، وقد عرفت الإشكال في دلالة «على اليد» و«لا ضرر» على ذلك بعد انتهاء المضاربة.

وتوهم أن المال بيده أمانة والله يأمر برد الأمانات، غير تام، إذ ليس المراد بالرد إلا التخلية، وإلا فلو قال المالك لزيد: اذهب بمالي إلى بلد فلان في قبال أجرة كذا أو تبرعاً، فهل يقول أحد بوجوب رده إلى بلده إذا أراد ذلك، مستدلا بآية الأمانة.

وليس عدم وجوب الرد إلا لأجل أن الآية لا يستفاد منها ذلك، فأصالة عدم الوجوب هي المحكمة، ولذا قال المستمسك: إذا كان الإرسال بإذنه فلا ينبغي التأمل في عدم الوجوب.

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعة ح١٢.

(٢) الفقيه: ج٣ ص٥٩ ح٣٠٨١.

وقوله (عليه السلام): «على اليد ما أخذت» أيضاً لا يدل على أزيد من التخلية، وإذا احتاج الرد إليه إلى الأجرة فالأجرة على المالك كما في سائر الأموال،

{وقوله (عليه السلام): «على اليد ما أخذت» أيضاً لا يدل على أزيد من التخلية} لما تقدم من عدم دلالة تؤدي على أكثر منها، وما في المستمسك من أن الأداء الذي أخذ غاية للضمان ملازم لأخذ المالك، فلا يتحقق بدونه فلا يكفي فيه مجرد التخلية من دون أن يأخذه المالك، انتهى. غير ظاهر الوجه، فأي فرق بين الأداء في الرواية والآية، وقد سلم دلالة الآية على التخلية مع أن اللفظ فيهما واحد.

وكأنه لذا رجع (رحمه الله) أخيراً وقال: (اللهم... فالمراد من الأداء رفع اليد من العين، مضافاً إلى أن ذلك هو الموافق للارتكاز العقلائي في باب الضمان) إلى آخر كلامه.

وبين ما كان بغير إذنه، فاللازم عليه رده إلى بلده، كما هو كذلك في كل من أرسل مال إنسان إلى مكان آخر بدون إذنه، فإن اللازم عليه إحضاره عنده، لأنه المستفاد من الآية والرواية السابقتين، بل الارتكاز أيضاً حيث إن النقل تفويت لخصوصية المكان التي كانت للعين فيجب تداركها، كما أفتى به المستمسك.

{وإذا احتاج الرد إليه} فيما كان الإرسال بإذنه {إلى الأجرة فالأجرة على المالك} لأن الرد لمصلحته، ولا وجوب له على العامل فلا وجه لكون الأجرة على العامل {كما في سائر الأموال} للمالك.

نعم إذا أرجع العامل ماله إليه بأجرة بدون طلبه منه، لم يكن وجه لكون

نعم لو سافر به بدون إذن المالك إلى بلد آخر وحصل الفسخ فيه، يكون حاله حال الغاصب في وجوب الرد والأجرة، وإن كان ذلك منه للجهل بالحكم الشرعي من عدم جواز السفر بدون إذنه.

الأجرة عليه، إذ الأصل عدمه، وإن كان ذلك الإرجاع في نفع المالك، لأن المناط في الضمان إما الأمر أو كون الأثر للعمل، كما تقدم في بعض المسائل السابقة.

{نعم لو سافر به بدون إذن المالك إلى بلد آخر وجعل الفسخ فيه، يكون حاله حال الغاصب في وجوب الرد} لما تقدم {والأجرة} لتوقف الرد الواجب عليها.

أما إذا لم يرد المالك رده فلا حق له في رده، لأنه تصرف عدواني في مال الناس، وإذا كان الحاكم الجائر يأخذ مالاً للبقاء هناك أو الرد إلى المالك فالكلام في ذلك المال كما تقدم من أنه لو كان بإذن المالك ــ ولو لإطلاق المضاربة ــ فهو على المالك، وإلا كان على العامل.

{وإن كان ذلك منه} من العامل {للجهل بالحكم الشرعي من عدم جواز السفر بدون إذنه} إذ الجهل لا يرفع الضمان، وإذا كان الواجب على العامل الرد إلى مكان خاص ــ مثل مكان المالك أو مكان المال كما تقدم ــ فطلب منه المالك الرد إلى مكان آخر، لم تجب عليه الإجابة، وإن كان ذلك المكان أقصر أو أقل أجرة.

ثم إنه كما كان الحال في السفر كذلك الحال في الحضر، إذ قد ينقل المتاع إلى طرف آخر من البلد مما يحتاج إلى النقل إلى مكان المالك، لوحدة الدليل في المقامين، والله العالم.

(مسألة ٤٧): قد عرفت أن الربح وقاية لرأس المال، من غير فرق بين أن يكون سابقاً على التلف أو الخسران أو لاحقاً، فالخسارة السابقة تجبر بالربح اللاحق وبالعكس، ثم لا يلزم أن يكون الربح حاصلا من مجموع رأس المال، وكذا لا يلزم أن تكون الخسارة واردة على المجموع، فلو اتجر بجميع رأس المال فخسر، ثم اتجر ببعض الباقي فربح، يجبر

(مسألة ٤٧): {قد عرفت أن الربح وقاية لرأس المال} يتدارك به ضرره وتلفه {من غير فرق بين أن يكون} الربح {سابقاً على التلف أو الخسران أو لاحقاً} بلا إشكال ولا خلاف، بل ظاهر الإجماع عليه، وفي الجواهر ادعاء الضرورة في الجملة على ذلك.

ومنه يعلم حاله الضرر المقارن للربح في قطعتين من المال {فالخسارة السابقة تجبر بالربح اللاحق، وبالعكس} الخسارة اللاحقة تجبر بالربح السابق، وكذا بالنسبة إلى المتقارنين.

{ثم لا يلزم أن يكون الربح حاصلاً من مجموع رأس المال} إذ إطلاق دليل الجبران شامل لكليهما.

{وكذا لا يلزم أن تكون الخسارة واردة على المجموع} فالإطلاق شامل للأقسام التسعة الحاصلة من ضرب كون الربح من المجموع، ومن البعض الوارد عليه الخسارة، ومن البعض الذي لم يرد عليه الخسارة، في الأقسام الثالثة للخسارة.

{فلو أتجر بجميع رأس المال فخسر، ثم اتجر ببعض الباقي فربح، يجبر

ذلك الخسران بهذا الربح، وكذا إذا اتجر بالبعض فخسر ثم اتجر بالبعض الآخر أو بجميع الباقي فربح، ولا يلزم في الربح أو الخسران أن يكون مع بقاء المضاربة حال حصولها، فالربح مطلقاً جابر للخسارة والتلف مطلقاً ما دام لم يتم عمل المضاربة.

ثم إنه يجوز للمالك أن يسترد بعض مال المضاربة في الأثناء

ذلك الخسران بهذا الربح} لإطلاق ما دل على الجبر.

{وكذا} عكسه فيما {إذا اتجر بالبعض فخسر ثم اتجر بالبعض الآخر أو بجميع الباقي فربح} فقد يربح الدرهم أو الدينار أو كلاهما، وعلى كل حال فقد يخسر الدرهم أو الدينار أو كلاهما، كان الربح قبلاً، أو بعداً، أو مع الخسارة.

{ولا يلزم في الربح أو الخسران أن يكون مع بقاء المضاربة حال حصولهما} حصول أي منهما {فاربح مطلقاً جابر للخسارة و} لــ {التلف مطلقاً ما دام لم يتم} الــ {عمل} المرتبط بــ {المضاربة} وقد تقدم الكلام في ذلك في المسألة الخامسة والثلاثين فراجعها.

{ثم إنه يجوز للمالك أن يسترد بعض مال المضاربة في الأثناء} كما اختاره غير واحد من الفقهاء، وذلك لأن العقد جائز مبني عرفاً على الانفكاك، فليس هو مثل النكاح مما لا يمكن تجزأته، وإذا كان كذلك عرفاً وقرره الشارع بدون تغيير كان اللازم أن يكون الحكم كذلك شرعاً، ويؤيده ما ذكروه في باب العقود اللازمة من خيار تبعض الصفقة، فإنه إذا لم يكن العقد مبنياً على الانفكاك

كان اللازم البطلان لا الخيار، وكأن هذا هو وجه تسالمهم على الحكم المذكور في المتن، كما صرح بذلك المستمسك.

ومنه يعلم وجه النظر في المسألة الثانية عشرة الآتية في مسائل الختام من عدم صحة التبعيض في ما إذا كان رأس المال لاثنين فاسترد أحدهما ماله، فإنه إذا جاز في المالك الواحد استرداد لبعض ماله جاز لأحدهما بطريق أولى.

{ولكن تبطل} المضاربة {بالنسبة إليه} أي إلى القدر المردود {وتبقى بالنسبة إلى البقية، وتكون} تلك البقية هي {رأسَ المال}.

ومنه يظهر حال كل الأقسام، لأن رأس المال إما لواحد وإما لاثنين، وعلى أي حال العامل إما واحد أو اثنان، فإن الاسترداد لبعض رأس المال وانسحاب العامل من بعض رأس المال، أو انسحاب أحد العاملين لا يوجب بطلان المضاربة.

وبذلك يظهر أنه لا وجه لما ذكره المستمسك قائلاً: (ويحتمل في المقام الالتزام ببقاء المضاربة حتى بالنسبة إلى ما أخذه المالك، ويكون ما أخذه المالك بحكم ما لو وضع في كيس مستقل وأفرز عن باقي المال) إلى آخره، إذ لا وجه لهذا الاحتمال لا شرعاً ولا عرفاً، وكأنه لذا قال: (لكن لازم ذلك جواز تصرف العامل به بعد أخذ المالك فيتعين البناء على التبعيض) انتهى.

لكن ليس بطلان الاحتمال المذكور من جهة بطلان اللازم، بل لما ذكرناه.

وحينئذ فإذا فرضنا أنه أخذ بعد ما حصل الخسران أو التلف بالنسبة إلى رأس المال مقداراً من البقية، ثم اتجر العامل بالبقية أو ببعضها فحصل ربح، يكون ذلك الربح جابراً للخسران أو التلف السابق بتمامه، مثلاً إذا كان رأس المال مائة فتلف منها عشرة أو خسر عشرة وبقي تسعون، ثم أخذ المالك من التسعين عشرة، وبقيت ثمانون، فرأس المال تسعون، وإذا اتجر بالثمانين فصار تسعين، فهذه العشرة الحاصلة ربحاً تجبر تلك العشرة، ولا يبقى للعامل شيء

{وحينئذ فإذا فرضنا أنه أخذ بعد ما حصل الخسران أو التلف بالنسبة إلى} بعض {رأس المال، مقداراً من البقية ثم اتجر العامل بـــ} كل {البقية أو ببعضها، فحصل ربح يكون ذلك الربح} عند المصنف {جابراً للخسران أو التلف السابق بتمامه} لا بالنسبة كما سيأتي في كلام المحقق.

{مثلاً إذا كان رأس المال مائة فتلف منها عشرة أو خسر عشرة وبقي تسعون، ثم أخذ المالك من التسعين عشرة، وبقيت} عند العامل {ثمانون، فرأس المال تسعون}، ثمانين عند العامل وعشرة التلف أو الخسارة.

{وإذا اتجر بالثمانين فصار تسعين، فهذه العشرة الحاصلة ربحاً تجبر تلك العشرة} التالفة {ولا يبقى للعامل شيء}، لكن فيه: إنه بناءً على هذا لم يخسر المالك شيئاً بينما خسر العامل عمله، بينما أن المضاربة مبنية على أن لا يخسر العامل عمله إذا كان في المال ربح.

وإن شئت قلت: إن العامل إنما دخل على أن يكون الربح جبراناً للخسارة إذا

وكذا إذا أخذ المالك بعد ما حصل الربح مقداراً من المال، سواء كان بعنوان استرداد بعض رأس المال أو هو مع الربح أو من غير قصد إلى أحد الوجهين، ثم اتجر العامل بالباقي أو ببعضه فحصل خسران أو تلف، يجبر بالربح السابق بتمامه حتى المقدار الشائع منه في الذي أخذه المالك، ولا يختص الجبر بما عداه حتى يكون مقدار حصة العامل منه باقياً له، مثلاً إذا كان رأس المال مائة فربح عشرة ثم أخذ المالك عشرة ثم اتجر العامل

كان المال مائة، فكما أنه لم يدخل إذا كان المال من الأول تسعين، كذلك لم يدخل إذ أخذ المالك من المائة عشرة، فبأي دليل لا يكون للعامل شيء إذا لم يدخل في مثل هذه المعاملة.

{وكذا إذا أخذ المالك بعد ما حصل الربح مقداراً من المال سواء كان} المأخوذ {بعنوان استرداد بعض رأس المال أو هو مع الربح} وكان عليه أن يذكر (أو الربح) إذ لا فرق بين قصده أخذ الربح خالصاً أو مع بعض رأس المال، {أو من غير قصد إلى أحد الوجهين، ثم اتجر العامل بالباقي} كلاً {أو ببعضه فحصل} بعد ذلك {خسران أو تلف، يجبر بالربح السابق بتمامه} أي بتمام الخسران أو التلف {حتى المقدار الشائع منه في الذي أخذه المالك} خلافاً لما سيأتي من كلام المحقق حيث جعل الجبران بالنسبة لا بتمامه.

{ولا يختص الجبر بما عداه حتى يكون مقدار حصة العامل منه} من الربح {باقياً له، مثلاً إذا كان رأس المال مائة فربح عشرة ثم أخذ المالك عشرة ثم اتجر العامل

بالبقية فخسر عشرة أو تلف منه عشرة، يجب جبره بالربح السابق حتى المقدار الشائع منه في العشرة المأخوذة، فلا يبقى للعامل من الربح السابق شيء، وعلى ما ذكرنا فلا وجه لما ذكره

بالبقية خسر عشرة أو تلف منه عشرة، يجب جبره بالربح السابق حتى المقدار الشائع منه في العشرة المأخوذة، فلا يبقى للعامل من الربح السابق شيء}، ويرد هنا أيضاً ما ذكرناه في سابقه، فإن العامل خسر عمله مع حصول الربح، والمالك لم يخسر شيئاً مع وجود الخسارة، فلماذا تختص الخسارة بالعامل دون المالك.

وإن شئت قلت: إن العامل دخل على أنه يجبر الربح السابق الخسارة إذا كانت الخسارة على كل المال، أي مائة وعشرة، لا على بعض المال أي المائة فقط، فلماذا يجبر الربح الخسارة الواردة لا على كل المال، ويمكن أن يقال على المصنف في كلا الفرعين: إن العقد بين المالك والعامل كان بحيث يكون كل المال من المالك وكل العمل من العامل، وعلى هذا يكون الربح بينهما والخسارة على المالك، وفي الحقيقة الخسارة تكون عليهما حيث خسر المالك ماله والعامل عمله، فكما أنه إذا لم يفعل العامل كل العمل كان خلاف العقد، كذلك إذا لم يترك المالك كل المال كان خلاف العقد.

{وعلى ما ذكرنا فلا وجه لما ذكره} المصنف (رحمة الله عليه) وإن سكت عليه بعض المعلقين كالسادة ابن العم والجمال وغيرهما، بل الوجه لما عن الشيخ في المبسوط و{المحقق} في الشرائع حيث قال: إذا كان مال القراض مائة فخسر عشرة وأخذ المالك عشرة ثم عمل بها الساعي فربح كان رأس المال تسعة وثمانين

المحقق وتبعه غيره من أن الربح اللاحق لا يجبر مقدار الخسران الذي ورد على العشرة المأخوذة لبطلان المضاربة بالنسبة إليها، فمقدار الخسران الشائع فيها لا ينجبر بهذا الربح

إلا تسعاً، لأن المأخوذ محسوب من رأس المال فهو كالموجود، فإذا كان المال في تقدير تسعين، فإذا قسم الخسران ـــ وهو عشرة ـــ على تسعين كانت حصة العشرة المأخوذة ديناراً وتُسعاً، فيوضع ذلك من رأس المال.

{وتبعه غيره} كالقواعد والتذكرة والإرشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وغيرهم {من أن الربح اللاحق لا يجبر مقدار الخسران الذي ورد على العشرة المأخوذة لبطلان المضاربة بالنسبة إليها} حيث إن العشرة خرجت عن المضاربة بأخذ المالك إياها.

{فمقدار الخسران الشائع فيها} أي في العشرة المأخوذة {لا ينجبر بهذا الربح} ووجهه واضح، إذ العشرة التي خسرها موزعة على جميع الباقي الذي هو التسعون، فكل عشرة من التسعين خسر واحداً وتُسعاً، فإن ضرب تسع مرات واحد وتُسع في الواحد ينتج عشرة، وحيث إن المالك أخذ عشرة، فقد خرجت العشرة بضررها وربحها عن المضاربة، لأن الربح إنما يجبر به الخسران المتعلق بمال المضاربة، فيكون الربح يجبر الآن الخسران المتعلق بالباقي، وهو تسعة وثمانون إلا تُسعاً، فالواحد والتُسع الباقي إلى التسعين يكون ربحاً خالصاً بدون أن يكون في قباله خسران، ويكون بين المالك والعامل

فرأس المال الباقي بعد خسران العشرة في المثال المذكور لا يكون تسعين، بل أقل منه بمقدار حصة خسارة العشرة المأخوذة وهو واحد وتسع

فإذا فرض أنهما قررا أن يكون لكل منهما نصف الربح كان للعامل خمسة أتساع، وهكذا.

{فرأس المال الباقي بعد خسران العشرة في المثال لا يكون تسعين، بل أقل منه بمقدار حصة خسارة العشرة المأخوذة وهو} أي حصة خسارة العشرة المأخوذة، والإتيان بضمير المذكر باعتبار الجبر، {واحد وتسع} ومراده أن رأس المال الذي يجبر نقصه بعد أخذ المالك العشرة من المائة هو تسعة وثمانون إلا تسعاً، ولا يجبر من الربح المتأخر النقص المتعلق بالعشرة التي أخذها المالك، لخروج العشرة المأخوذة عن مال المضاربة، وهكذا الحال في سائر الأمثلة يوزع الخسران على الجميع بالنسبة، ولا يجبر بالربح الخسران المتعلق بما أخذه المالك، بل يجبر خصوص الخسران المتعلق بالباقي.

فلو كان رأس المال عشرة فخسر اثنين، ثم أخذ المالك أربعة، فإذا ربحت الأربعة الباقية اثنين كان نصف الاثنين جابراً للخسران الوارد على الباقي، والنصف الآخر بين المالك والعامل حسب شرطهما، فإن كان الشرط تنصيف الربح كان لكل منهما نصف الواحد، وإن كان الشرط تثليثه كان لأحدهما الثلث وللآخر الثلثان وهكذا، ولذا قال العلامة في القواعد والتذكرة: إنه لو خسر رأس المال (المائة) عشرة ثم أخذ المالك خمسة والأربعين، ثم خسر عشرة وزع الخسران على الجميع، فيلحق الخمسة والأربعين التي أخذها المالك نصف الخسران وهو خمسة، ويلحق الباقي أيضاً خمسة، فإذا ربح بعد ذلك عشرة كان نصفها جابراً

للخسران الوارد على الباقي، والنصف الآخر بين المالك والعامل على حسب شرطهما في المضاربة.

وإلى هذا أشار السيد البروجردي حيث قال: (انفساخ المضاربة بالنسبة إلى ما أخذه المالك وبقاؤها بالنسبة إلى البقية ـــ كما اعترف به ـــ مستلزم لعدم سهم المأخوذ من الخسران بربح البقية فيما بعد، وكذا العكس، إذ المضاربة فيه بعد ما تمت وهي خاسرة أو رابحة لا تنقلب عما تمت عليه، فيستقر خسرانها على المالك إن كانت خاسرة، ولا يكون ربحها وقايةً لشيء إن كانت رابحة، بخلافها في البقية فإنها لبقائها لا يتعين لأحدهما إلا بالاختتام) انتهى.

وبذلك يظهر وجه النظر في إشكال الجواهر في كلام المحقق ومن تبعه، ولذا رده المستمسك بأن فيه: بأنه بعد بطلان المضاربة فيه يخرج عن كونه مال المضاربة، فلا وجه لجبر خسارته بربح غيره الباقي، لأن ربح مال المضاربة يجبر خسران ذلك المال لا خسران غيره، فإن أحدهما صار أجنبياً عن الآخر، انتهى.

فلماذا يجبر ربح الأجنبي لخسران الأجنبي، ويكون الحال كما إذا مات المالك وأخذ أحد الورثة الوارث للعشر عشرة وأبقى البقية تسعة أعشار عند العامل بالمضاربة السابقة، فإنه لا وجه لجبران ربح التسعين خسران العشرة التي أخذها ذلك الوارث.

ومما تقدم يظهر أنه لا فرق في عدم الجبران بين أخذ المالك للعشرة

فيكون رأس المال الباقي تسعين إلا واحداً وتسع، وهي تسعة وثمانون إلا تسع.

وكذا لا وجه لما ذكره بعضهم في الفرض الثاني إن مقدار الربح الشائع في العشرة التي أخذها المالك لا يجبر الخسران اللاحق، وإن حصة العامل منه يبقى له، ويجب على المالك رده إليه، فاللازم في المثال المفروض عدم بقاء ربح للعامل

ونحوها بعنوان فسخ المضاربة في تلك العشرة أو لا بهذا العنوان، إذ المفروض أن ما يأخذ المالك خرج عن مال المضاربة، فتفصيل المستمسك بين الفرضين، وموافقة الجواهر في الثاني منهما حتى لو صرفه المالك فخرج عن كونه مال المضاربة لانعدامه، مستدلاً بأن مثل هذا الخروج لانتفاء القابلية لا يلزم من لزوم الجبر، غير ظاهر الوجه.

قال المصنف: {وكذا لا وجه لما ذكره بعضهم} كالعلامة {في الفرض الثاني} وهو ما إذا أخذ المالك بعد ما حصل الربح مقداراً من المال، ثم اتجر العامل بالباقي فحصل خسران أو تلف يجبر بالربح السابق بتمامه حتى المقدار الشائع منه في الذي أخذه المالك {إن مقدار الربح الشائع في العشرة التي أخذها المالك لا يجبر الخسران اللاحق، وإن حصة العامل منه يبقى له ويجب على المالك رده إليه} فالمائة ربحت عشرة، ثم أخذها المالك عشرة فبقيت مائة، ثم خسرت عشرة، وعليه لا شيء للعامل على رأي المصنف، لأن الربح يجبر الخسران، فالمالك بالنتيجة كانت له مائة والآن له مائة، خلافاً للعلامة وغيره، قالوا بأن بعض الربح للعامل، لما تقدم في المسألة السابقة.

أما على رأي المصنف {فاللازم في المثال المفروض عدم بقاء ربح للعامل

بعد حصول الخسران المذكور، بل قد عرفت سابقاً أنه لو حصل ربح واقتسماه في الأثناء وأخذ كل حصته منه ثم حصل خسران أنه يسترد من العامل مقدار ما أخذ، بل ولو كان الخسران بعد الفسخ قبل القسمة، بل أو بعدها إذا اقتسما العروض وقلنا بوجوب الانضاض على العامل وأنه من تتمات المضاربة.

بعد حصول الخسران المذكور} وقد عرفت أن الإشكال وارد أيضاً على قوله: {بل قد عرفت سابقاً أنه لو حصل الربح} كالعشرة الزائدة على المائة {واقتسماه في الأثناء وأخذ كل حصة منه ثم حصل} بعد الاقتسام {خسران، أنه يسترد من العامل مقدار ما أخذه} ليجبر الربح الخسارة، وقوله: (مقدار) يراد به قدر الخسارة، لا كل مقدار ما أخذ، فإذا حصل خسران اثنين في المثال استرد من العامل واحداً لا كل خمسته، وإنما يترل الأمر على ما كان ربح ثمانية فقط مثلاً، إلى غير ذلك من الأمثلة.

{بل ولو كان الخسران بعد الفسخ} وقد عرفت الإشكال فيه في المسألة الخامسة والثلاثين {قبل القسمة أو بعدها، إذا اقتسما العروض وقلنا بوجوب الانضاض على العامل، وأنه من تتمات المضاربة} ولذا أشكل عليه غير واحد من المعلقين، كالسادة البروجردي والحكيم والجمال وغيرهم.

(مسألة ٤٨): إذا كانت المضاربة فاسدة، فإما أن يكون مع جهلهما بالفساد، أو مع علمهما، أو علم أحدهما دون الآخر، فعلى التقادير الربح بتمامه للمالك لإذنه في التجارات وإن كانت مضاربته باطلة

(مسألة ٤٨): {إذا كانت المضاربة فاسدة} فساداً شاملاً، ومنه يعلم حال فسادها في الجملة بأن كان أول العقد صحيحة ثم طرأ عليها الفساد، فإن لكل واحد من الصحة الأولية والفساد التالي حكمهما.

{فإما أن يكون مع جهلهما بالفساد، أو مع علمهما، أو علم أحدهما دون الآخر} أما الشك بالفساد فإنه مجرى أصالة عدم الانعقاد، أو أصالة الصحة في المعاملة، فليس حال الشك حال رابع، كما أنه لو اختلفت حال أحدهما أو كليهما في العلم والجهل بأن قطع أولاً بالصحة وثانياً بالفساد، أو بالعكس، كان لكل حال حكمه، مما سيأتي من الأحكام الثلاثة.

{فعلى كل التقادير الربح بتمامه للمالك} عند المصنف {لإذنه في التجارات} وعلله المستسمك بأن المضاربة تستلزم الإذن في التجارة وإن كانت باطلة.

{و} الإذن الحاصل يوجب كون الربح للمالك و{إن كانت مضاربته باطلة} لكن هذا بناءً على ما تقدم منهم من أن الربح تابع للمال، وقد عرفت هناك عدم دليل على ذلك، بل اللازم أن يكون الربح بينهما، لأنه ناتج عن العمل والمال، فلا وجه لاختصاصه بأحدهما لا شرعاً ولا عرفاً، بل العرف يرى أنه تابع لهما بنسبة خاصة، فيشملهما «لا يتوى حق امرئ مسلم»[1] ونحوه من الأدلة الشرعية.

---

(١) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ باب نوادر الشهادات ح٥.

وكيف كان فصور المضاربة أربع:

الأولى: الصحة، وللعامل كالمالك قدر حقه المقرر في العقد إذا لم يكن إجحاف ولا إكراه، ولو الإكراه الأجوائي، كما ذكرناه في (الفقه: الاقتصاد)، وإلا كان له قدر حقه العرفي من الربح.

الثانية: الفساد مع علمهما بالفساد، وحينئذ يكون الربح بينهما حسب العدل بالنسبة إلى المال والعمل، سواء كان المقرر في العقد الباطل أقل أو أكثر أو مساوياً، إذ المقرر لما بطل رجع كل إلى حقه، ولا يكون للعامل أقل إذا رضي به عند العقد ــ بدليل أنه أهدر حقه بالنسبة إلى التفاوت بين حقه وبين الأقل الذي رضيه ــ وإنما لا يكون لأن قدر حقه نتيجة عمله ولم يهبه للمالك، فمن أين صار للمالك، ودخوله على أن يكون له أقل من حقه ليس هبة للمالك.

ومنه يعلم العكس، بأن قررا أن يكون للعامل أكثر من حقه الطبيعي، فإن الزائد لا يكون للعامل، إذ دخول المالك على أن يكون الزائد للعامل ليس هبة للعامل، فمن أين يكون الزائد للعامل.

الثالثة: الفساد مع علم المالك فقط بالفساد، والربح بينهما كما قررا إن كان المقرر لكل منهما بقدر حقه الطبيعي، وإن كان المقرر للعامل أقل من حقه كان له بقدر كل حقه لما تقدم في الثانية، وإن كان المقرر للعامل أكثر من حقه كان له بقدر حقه الطبيعي لما تقدم في الثانية أيضاً، فإن دخول أحدهما على أن يأخذ أقل من حقه ليس هبة للآخر، فلا يكون للآخر من باب الهبة، ولا من باب المعاملة، لفرض بطلانها، فمن أين يؤخذ بعض حق هذا ويعطي للآخر.

نعم لو كان الإذن مقيداً بالمضاربة توقف ذلك على إجازته، وإلا فالمعاملات الواقعة باطلة، وعلى عدم التقييد أو الإجازة يستحق العامل مع جهلهما

الرابعة: الفساد مع علم العامل فقط، وحالها حال الثالثة أيضاً، لما ذكر هناك من الدليل.

وبما ذكرناه يظهر وجوه النظر في كلام المصنف والمعلقين الذين اتبعوه على كثرتهم، ممن ظفرت بتعليقاتهم، فلا حاجة إلى تكرار الإشكال عند نقل المتن.

{نعم لو كان الإذن مقيداً بالمضاربة} بأن لم يكن إذن مطلق حتى بدون المضاربة، وسيأتي في المسألة الثانية من مسائل الختام مقتضى القاعدة فيما إذا لم تكن قرينة في أنه هل الإذن مطلق أو خاص بالمضاربة، {توقف ذلك} أي كون الربح للمالك أو لهما {على إجازته} لأنه تصرف في ماله من غير إذن، {وإلا فالمعاملات الواقعة} على ماله {باطلة} لأنها فضولية لم تلحقها الإجازة.

ويأتي في المقام مسألة ما إذا لم يأذن المالك وأراد العامل جعل المعاملة لنفسه كانت المعاملة في الذمة، بأقسامها المتقدمة في بعض المسائل السابقة، أو في العين الخارجية على نحو الجزئي أو الكلي في المعين أو الكسر المشاع.

{وعلى} تقدير {عدم التقييد} للإذن بالمضاربة، مما تصح المضاربة بمجرد وقوعها {أو} التقييد و{الإجارة} من المالك بعد العقد {يستحق العامل مع جهلهما لأجرة عمله} لأنه عمل محترم لم يقصد التبرع به، ولا دليل من الخارج أنه لا يستحق شيئاً، فاللازم استحقاقه، لقاعدة «لا يتوى»[1] وغيرها.

---

(١) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ باب نوادر الشهادات ح٥.

لأجرة عمله، وهل يضمن عوض ما أنفقه في السفر على نفسه لتبين عدم استحقاقه النفقة، أو لا لأن المالك سلطه على الإنفاق مجاناً، وجهان، أقواهما الأول

هذا ولكنك قد عرفت أن مقتضى القاعدة أن يكون له حقه الطبيعي الملحوظ فيه أن الربح وليد المال والعمل.

{وهل يضمن} العامل {عوض ما أنفقه في السفر على نفسه} حيث قد تقدم في بعض المسائل السابقة أن نفقة السفر على المالك، وإنما يكون العامل في المقام ضامناً {لتبين عدم استحقاقه النفقة} بعد أن ظهر بطلان المضاربة، إذ لا مضاربة حتى تكون النفقة على المالك، {أو لا} يضمن العامل {لأن المالك سلطه على الإنفاق مجاناً} والمجان لا عوض له {وجهان أقواهما} عند المصنف وجملة من المعلقين {الأول} وذلك لأن النفقة لم تكن مجانية على تقدير عدم المضاربة، فقاعدة اليد تقتضي الضمان، فإن «من أتلف مال الغير فهو له ضامن»[1] إلا إذا كان استثناء، والمفروض عدم الاستثناء في المقام، لأن الرضى لم يكن إلا تقديرياً، وحيث لم يكن التقدير كان الضمان إذ لا استثناء، فهو كما أعطى طعاماً لمن زعمه زيداً بقيد أنه زيد، حيث يضمن لو أكله إذا لم يكن زيداً، وإن زعم هو عند أكل الطعام أنه زيد، وذهب جمع من المعلقين كالسيدين ابن العم والجمال وغيرهما إلى عدم الضمان، لقاعدة «ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده»[2]، فإن

(١) الوسائل: الباب ١٠، ١١، ١٤ كتاب الشهادات.

(٢) انظر: الجواهر: ج٢٢ ص٣٥٨.

ولا يضمن التلف والنقص، وكذا الحال إذا كان المالك عالماً دون العامل، فإنه يستحق الأجرة، ولا يضمن التلف والنقص، وإن كانا عالمين

النفقة إما من ضمن العقد بأن كانت شرطاً فتشملها القاعدة، وإما ليست من ضمن العقد فلا تكون مورداً للعقد، إلا أن ملاك القاعدة ــــ وهو الإذن والتسليط على ماله مجاناً ــــ يجري في النفقة.

هذا ومقتضى القاعدة التفصيل بين ما إذا كان داعي التسليط المضاربة فلا عوض، لأنه تسليط بالمجان، مثل ما إذا ضيفه بداعي بيع شيء له مثلاً، وبين ما إذا كان من قيود المضاربة فلا تسليط مجاناً، بل التسليط مرتبط بصحة العقد، وإذ لا عقد فلا تسليط مجاناً، فيشملها دليل اليد، فلا تجري قاعدة «ما لا يضمن» ولا ملاكها.

{ولا يضمن التلف والنقص} لأصالة عدم الضمان بعد كونه أميناً، والأمين لا يضمن إلا بالتعدي والتفريط، ومنه يعلم وجه عدم ضمان الخسارة.

{وكذا الحال إذا كان المالك عالماً دون العامل، فإنه يستحق الأجرة} بل النسبة العادلة كما تقدم، {ولا يضمن التلف والنقص} وقد ألمعنا سابقاً إلى صورة تبدل العلم إلى الجهل أو العكس في الأثناء، فلكل حكمه، فإن الحكم يتبع الموضوع.

{وإن كانا عالمين} ببطلان المضاربة، فالنفقة على المالك، لأنه مع علمه بالبطلان أذن له في صرفها، كمن يعلم أنها ليست زوجته ومع ذلك يعطيها المال بعنوان أنها زوجته مثلاً، والتلف والنقص على المالك، لأنه سلطه على ماله، فهو

أو كان العامل عالماً دون المالك فلا أجرة له، لإقدامه على العمل مع علمه بعدم صحة المعاملة،

أمين ليس عليه ضمان، والربح بينهما بالنسبة لما تقدم من أنه وليد المال والعمل، فلكل منهما حصته.

{أو كان العامل عالماً دون المالك} فالضمان للنفقة، لأنه يعلم أن المالك لم يبذل له إياها، كمن علم أنه ليس بزيد، وقد أعطاه المالك المال باعتبار أنه زيد، كما يضمن التلف والنقص والخسارة، لأنه ليس بأمين بعد أن علم أنه لم يستأمنه المالك.

وعليه {فلا أجرة له} أيضاً {لإقدامه على العمل مع علمه بعدم صحة المعاملة} وعدم تفويض المالك العمل إياه.

لكن جملة من المعلقين كما في المستمسك، ذكروا أن العلم بعدم صحة المعاملة شرعاً لا يقتضي الإقدام على التبرع الموجب لعدم الاستحقاق، انتهى.

ولكنك قد عرفت أن مقتضى القاعدة النسبة، لأن الربح وليدهما، سواء علما بالبطلان أو جهلا، أو علم أحدهما، وكذلك حال الغاصب إذا خلط ماله بمال زيد مما أوجب زيادة قيمتهما، فإن الزيادة حيث كانت تابعة للمالين كانت لهما بالنسبة، وأي فرق بين ربح المال وربح العمل، فإن العرف يرى اشتراكه بينهما، فيشمله دليل «لا يتوى»[1]، و﴿لا تَأْكلُوا أَمْوالَكمْ﴾[2]، وما أشبه، مما يقرر الحكم على الموضوع

(١) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ باب نوادر الشهادات ح٥.

(٢) سورة البقرة: الآية ١٨٨.

وربما يحتمل في صورة علمهما أنه يستحق حصته من الربح من باب الجعالة، وفيه إن المفروض عدم قصدها، كما أنه ربما يحتمل استحقاقه أجرة المثل إذا اعتقد أنه يستحقها مع الفساد، وله وجه

العرفي الذي لم يردعه الشارع.

{وربما يحتمل في صورة علمهما أنه يستحق حصته من الربح من باب الجعالة} فقد جعل المالك للعامل كذا من الربح، وحيث عمل العامل وربح استحق ما جعل له.

{وفيه: إن المفروض عدم قصدها} فإن عنوان الجعالة غير عنوان المضاربة، فالأول إيقاع كالإذن، والثاني عقد كالمزارعة والمساقاة والإجارة، ولما كانا نوعين فلا يصح أحدهما إلا بقصده، فما صبا عليه الكلام يقع، والجعالة لم يصب عليها الكلام، والامور المحتاجة إلى الإذن حالها حال العقود تتبع القصود.

ومن ذلك تعرف وجه النظر في كلام بعض المعلقين حيث قال: (إن المضاربة مركبة من الجعالة وغيرها، وحيث انتفت المضاربة لم ينتف غيرها التي هي الجعالة، وبذلك فيستحق النسبة).

ولذا لم يعلق على المتن السادة ابن العم والبروجردي والجمال وغيرهم، بل أيده المستمسك بما ذكرناه من اختلاف العنوانين.

{كما أنه ربما يحتمل استحقاقه أجرة المثل إذا اعتقد} العامل {أنه يستحقها مع الفساد، و} هذا الاحتمال {له وجه} لأنه لم يهدر عمله حتى يكون كالإعراض عن ماله، بل أقدم على أنه مستحق شرعاً وعرفاً لأجرة المثل.

وإن كان الأقوى خلافه، هذا كله إذا حصل ربح ولو قليلاً، وأما مع عدم حصوله فاستحقاق العامل الأجرة ولو مع الجهل مشكل، لإقدامه على عدم العوض لعمله مع عدم حصول

{وإن كان الأقوى} عند المصنف وكافة المعلقين الذين ظفرت بتعليقاتهم {خلافه} إذ اعتقاد شيء لا يجعل منه واقعاً، فهو كما إذا زعم الغاصب أنه يستحق أجرة المثل بنقله مال المغصوب منه من مكان إلى مكان آخر، بزعمه أنه كالحمال المستحق لأجرة المثل إذا أمره المالك بنقل المتاع، فهل هذا الزعم يوجب استحقاقه أجرة المثل، وأي فرق بين المقام والمثال من جهة محل البحث.

{هذا كله إذا حصل ربح ولو قليلاً، وأما مع عدم حصوله، فاستحقاق العامل الأجرة ولو مع الجهل مشكل} وجه الأجرة أنه عمل وعمل المسلم محترم، فإنه «لا يتوى حق امرئ مسلم»[1]، فلو صحت المضاربة لم يكن له شيء، لأنه أقدم على أنه لا شيء له مع عدم ربح المضاربة، أما والحال أن المضاربة فاسدة فلم يدخل على أن لا يكون له شيء فلم يهدر هو عمله.

لكن الأقرب وفاقاً لجملة من المعلقين عدم شيء له {لإقدامه على عدم العوض لعمله مع عدم حصول

(١) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ باب نوادر الشهادات ح٥.

الربح وعلى هذا ففي صورة حصوله أيضاً يستحق أقل الأمرين من مقدار الربح وأجرة المثل، لكن الأقوى خلافه، لأن رضاه بذلك كان مقيداً بالمضاربة ومراعاة الربح،

الربح} وما لا يضمن بصحيه لا يضمن بفاسده[1]، ولماذا يضمن المالك الأجرة والحال أن الأصل عدمها.

{وعلى هذا ففي صورة حصوله} أي الربح، في حال بطلان المضاربة {يستحق أقل الأمرين من مقدار الربح وأجرة المثل}، إذ الربح لو كان أقل فقد أهدر هو بإقدامه على رضاه بنسبة الربح التفاوت بين الربح والأجرة، ولو كانت الأجرة أقل كان بطلان المضاربة سبباً لعدم استحقاقه النسبة فلا تبقى له إلا الأجرة.

هذا، ولكن قد تقدم أن مقتضي القاعدة النسبة العادلة، لأن الربح ناتج المال والعمل، وحيث بطلت المضاربة كان المرجع القاعدة.

قال المصنف: {لكن الأقوى خلافه} أي خلاف استحقاقه أقل الأمرين، بمعنى أنه يستحق قدر الأجرة في هذه الصورة {لأن رضاه بذلك كان مقيداً بالمضاربة} فإذا انتفت المضاربة ــ لفرض بطلانها ــ كان الأصل عدم استحقاقه القدر المقرر، وحيث إن عمله محترم لابد وأن يعطى أجرة المثل لا أقل الأمرين.

ولا يخفى تشويش العبارة، وكأنه لذا فسر المستمسك قوله: (لكن الأقوى خلافه): (يعني فلا يستحق العامل أيضاً في هذه الصورة) انتهى.

ولا يخلو تفسيره من نظر.

---

(١) انظر: الجواهر: ج٢٢ ص٣٥٨.

والاحتياط في هذا وبعض الصور المتقدمة أولى.

{و} كيف كان فـــ {مراعاة الاحتياط في هذا} الفرع الأخير {وبعض الصور المتقدمة} بإعطاء العامل شيئاً فيما دار الأمر بين استحقاقه وعدم استحقاقه، وإعطائه أكثر الأمرين فيما دار حقه بين الأقل والأكثر {أولى} فإن الاحتياط سبيل النجاة.

ولو تعاسرا فالصلح خير، ولا مكان للقرعة لأنه حق مالي، وقد ذكرنا غير مرة أنه مجرى قاعدة العدل، والله العالم.

(مسألة ٤٩): إذا ادعى على أحد أنه أعطاه كذا مقداراً مضاربةً، وأنكره ولم يكن للمدعى بينة، فالقول قول المنكر مع اليمين.

(مسألة ٤٩): {إذا ادعى} ادعى المالك {على أحد أنه أعطاه كذا مقداراً مضاربة، وأنكر} ذلك الأحد أصل إعطائه، أو المقدار الذي يدعيه، كما لو قال المالك: أعطيته مائة، وقال العامل: بل خمسين.

{ولم يكن للمدعي بينة، فالقول قول المنكر مع اليمين} لأصالة عدم أخذه أصل المال، أو الزائد على ما يعترف به، ولو فرض عدم جريان الأصل في الموضوع لمعارضته أو نحوها كان الأصل الحكمي يقتضي عدم وجوب شيء على العامل من إرجاع المال أو ضمانه الذي يكون غالباً الغرض المقصود من الدعوى.

قال في المستمسك: (فلو فرض أن المالك يعترف بإرجاع المال إليه على تقدير صدقه في الدعوى، أو يعترف بتلفه من غير ضمان لم يكن أثر لدعواه فلا تسمع منه) انتهى.

ولو انعكس الأمر، بأن ادعى العامل إعطاءه أو الأزيد، وأنكر المالك أصل الإعطاء أو المزيد ـــ إذ ربما يكون ذلك بسبب تدين المالك ونسيانه، أو لأن الجائر مثلاً يصادر مال من كان له مائة، فيدعي العامل أن المائة التي عنده للمالك، ويدعي المالك أن له خمسينه فقط، إلى غير ذلك من الأمثلة ـــ كان الأصل مع المالك، والعامل إن علم صدق نفسه لزم عليه إيصال المال إلى المالك بأية صورة، لفرض أن المالك أنكر خوفاً أو نسياناً أو ما أشبه، لا أنه أعرض حتى يكون

للعامل أخذه لنفسه.

وإذا لم يمكن الإيصال إلى المالك أعطاه إلى الحاكم الذي هو ولي الممتنع.

ولو كان بين المالك والعامل تنازع، كما لو ادعى أحدهما أنه أعطاه درهماً والآخر ديناراً، وكان ثمر لهذا النزاع كان من باب التداعي، لأن كلاً منهما ينكر ما يدعيه الآخر.

(مسألة ٥٠): إذا تنازع المالك والعامل في مقدار رأس المال الذي أعطاه للعامل، قدم قول العامل بيمينه مع عدم البينة، من غير فرق بين كون المال موجوداً أو تالفاً مع ضمان العامل، لأصالة عدم إعطائه أزيد مما يقوله، وأصالة براءة ذمته إذا كان تالفاً بالأزيد، هذا

(مسألة ٥٠): {إذا تنازع المالك والعامل في مقدار رأس المال الذي أعطاه للعامل} والغالب أن يكون المدعي المالك، وإن كان يمكن أن يكون العامل كما تقدم تصويره في المسألة السابقة.

{قدم قول العامل بيمينه مع عدم البينة} للمالك، لقاعدة «البينة على المدعي واليمين على من أنكر» {من غير فرق} بين كون المالك يدعي الزيادة من الجنس أو من غير الجنس، فقد يقول: أعطيته ألف دينار، وينكر العامل إلا خمسمائة، وقد يقول: أعطيته ألف دينار ومائة درهم، وينكر العامل الدراهم، فإن قاعدة المدعي والمنكر يشمل الصورتين.

ولا فرق {بين كون المال موجوداً أو تالفاً مع ضمان العامل} للتالف، لأنه لو لم يكن ضامناً فلا أثر للدعوى حتى تسمع، {لأصالة عدم إعطائه أزيد مما يقوله} العامل {وأصالة براءة ذمته} أي ذمة العامل {إذا كان} المال {تالفاً بالأزيد} (الباء) متعلق بذمته، وعليه فالباء بمعنى (من).

قال ابن مالك:

(بالباء استعن وعد عوض الصق

و مثل مع ومن وعن بها انطق).

{هذا} الذي ذكرناه من تقديم قول العامل بيمينه إذا لم تكن بينة، لا فرق

إذا لم يرجع نزاعهما إلى النزاع في مقدار نصيب العامل من الربح، كما إذا كان نزاعهما بعد حصول الربح وعلم أن الذي بيده هو مال المضاربة، إذ حينئذ النزاع في قلة رأس المال وكثرته يرجع إلى النزاع في مقدار نصيب العامل من هذا المال الموجود، إذ على تقدير قلة رأس المال يصير مقدار الربح منه أكثر، فيكون نصيب العامل أزيد، وعلى تقدير كثرته بالعكس

فيه بين أن يرجع نزاعهما إلى النزاع في مقدار نصيب العامل أم لا، إذ قد عرفت في بعض المسائل السابقة أن العبرة في أحكام المنازعات بمصب النزاع لا بما يؤل إليه، ولذا يختلف حكم النزاع بتغيير المصب، وإن كان أولهما إلى أمر واحد، وهذا هو المشهور، كما يظهر من كلماتهم في كتاب القضاء، خلافاً لما نقلناه عن المستمسك، حيث يظهر منه أن العبرة بما يؤل إليه نزاع.

وعليه فقول المصنف مشكل، قال: {إذا لم يرجع نزاعهما إلى النزاع في مقدار نصيب العامل من الربح، كما إذا كان نزاعهما بعد حصول الربح وعلم أن الذي بيده هو مال المضاربة} والمال مائة وعشرة مثلاً، فالمالك يقول: كان رأس المال مائة، فنصيب العامل خمسة نصف الربح، والعامل يقول: بل كان رأس المال تسعين فنصيبي عشرة من عشرين الربح.

{إذ حينئذ النزاع في قلة رأس المال وكثرته يرجع إلى النزاع في مقدار نصيب العامل من هذا المال الموجود} هل هو خمسة أو عشرة في المثال {إذ على تقدير قلة رأس المال يصير مقدار الربح منه أكثر، فيكون نصيب العامل أزيد، وعلى تقدير كثرته بالعكس} يكون نصيب العامل أقل.

{ومقتضى الأصل كون جميع هذا المال للمالك، إلا بمقدار ما أقر به للعامل}، وفيه:

أولاً: ما تقدم من أن الاعتبار بالمصب لا بالمآل، ولذا قال ابن العم: بل وكذا إذا رجع إليه إذا كان مصب الدعوى التزاع في مقدار رأس المال كما هو المفروض.

وثانياً: العامل ذو اليد وبعض المال له، فالمالك مدعي للزيادة وهو بحاجة إلى البينة، لأن الربح يدخل في كيس العامل ابتداءً، لا أنه يرجع إلى المالك ثم يعطيه للعامل، أما على مبنانا من أن الربح وليد المال والعمل فواضح، وأما على مبناهم من أنه وليد المال فلأن القرار يجعله لكل منهما بالنسبة من أول الأمر.

ومنه يظهر النظر في قول المستمسك حيث قال: (وإن كان مقتضى اليد كون جميعه للعامل إلا ما أقر به للمالك، إلا أن ذا اليد لما أقر بأن أصله للمالك احتاج في إثبات دعوى الاستحقاق إلى بينة، فمع عدمها يقدم قول المالك لسقوط يد العامل عن الحجية بهذا الإقرار)، إلى آخر كلامه.

وعلى ما ذكرناه يختلف حكم التزاع فيما إذا قال المالك: مالي كان مائة، وقال العامل: بل تسعين، حيث الأصل مع العامل، وفيما إذا قال المالك: نصيب العامل خمسة، وقال العامل: بل عشرة، فإن الأصل مع المالك.

أما إذا قال المالك: مائة فله خمسة، وقال العامل: تسعون فلي عشرة، فالظاهر أنه مورد التحالف.

وعلى هذا أيضاً لا فرق بين كون المال باقياً أو تالفاً لضمان العامل، إذ بعد الحكم بكونه للمالك إلا كذا مقدار منه فإذا تلف مع ضمانه لا بد أن يغرم المقدار الذي للمالك.

ولو قال المالك: رأس المال تسعين فلك عشرة، وقال العامل: بل مائة فلي خمسة، انعكس الأمر في الصور الثلاث.

وإذا لم يقبل المالك الزائد كان الحاكم هو الآخذ له، كما تقدم.

ومما تقدم يعلم حال ما لو تنازعا في أن المال هل كان مائة فلم يربح و لم يخسر، فلا شيء للعامل، أو كان تسعين فربح عشرة فللعامل خمسة.

وكذا عكسه، أي ادعي العامل أنه كان مائة، وقال المالك: بل كان تسعين.

ومما تقدم يظهر وجه النظر في قوله: {وعلى هذا أيضاً لا فرق بين كون المال باقياً أو تالفاً بضمان العامل}، وجه النظر عدم ضمان الأزيد الذي ينكره العامل وتعليله بـــ {إذ بعد الحكم بكون للمالك إلا كذا مقدار منه، فإذا تلف مع ضمانه لابد أن يغرم المقدار الذي للمالك} غير تام، إذ يختلف مصب النزاع، فإذا قال المالك: أعطيته مائة وربح عشرة فأطلبه مائة وخمسة، وقال العامل: بل يطلبني مائة فقط، كان الأصل معه، ولا يكلف شرح أسباب النزاع، كما ذكرناه في كتاب: القضاء والشهادات.

ثم إنه حيث كان المرجع في تشخيص المدعي والمنكر مصب الدعوى، لا الغرض المقصود من الدعوى، كما عرفت، كانت هذه المسألة كالمسألة السابقة في وحدة حكمهما.

نعم إذا كان التشخيص حسب الغرض المقصود كان بين المسألتين فرق.

ولو ادعى المالك أن العامل صرف نقده بالأكثر، فقال: بل بالأقل، مع توافقهما في قدر رأس المال، كان الأصل مع العامل.

ولو قال المالك: إنه صرفه في السوق السوداء، حيث صادره الحاكم، وقال العامل: بل في السوق البيضاء، ومصادرة الحاكم له اعتباطية، كان عليه اليمين، لأنه أمين، كما يأتي في المسألة الآتية.

(مسألة ٥١): لو ادعى المالك على العامل أنه خان أو فرط في الحفظ فتلف، أو شرط عليه أن لا يشتري الجنس الفلاني، أو لا يبيع من زيد أو نحو ذلك، فالقول قول العامل في عدم الخيانة والتفريط، وعدم شرط المالك عليه الشرط الكذائي

(مسألة ٥١): {لو ادعى المالك على العامل أنه خان أو فرط في الحفظ فتلف} كلاً أو بعضاً {و} ادعى أنه {شرط عليه أن لا يشتري الجنس الفلاني أو لا يبيع من زيد أو نحو ذلك} من الشرائط الزمانية والمكانية وطرف المعاملة والجنس وما أشبه.

{فالقول قول العامل في عدم الخيانة والتفريط} وذلك لأنه أمين، و«ليس على اليمين إلا اليمين»، وقد تقدم الكلام في ذلك في المسألة التاسعة والثلاثين.

ولو اختلفا في كيفية التفريط، فقال المالك: إنه تفريط أتلف المتاع، وقال العامل: إن هلاك المتاع لم يكن بذلك التفريط، بل حدث بعد ذلك، كان الأصل مع العامل أيضاً، حيث قد تقدم في بعض المسائل السابقة أن الأمين إذا فرط ثم رجع عن التفريط رجعت أمانته بأحكامها.

{وعدم شرط المالك عليه الشرط الكذائي} لأصالة عدم الاشتراط، كما أن العامل إذا ادعى شرطاً على المالك وأنكره المالك كان الأصل عدم شرطه عليه.

والمفروض أن مع عدم الشرط يكون مختاراً في الشراء وفي البيع من أي شخص أراد، نعم لو فعل العامل ما لا يجوز له إلا بإذن من المالك، كما لو سافر أو باع بالنسيئة وادعى الإذن من المالك، فالقول قول المالك في عدم الإذن،

{والمفروض أن مع عدم الشرط يكون مختاراً في الشراء وفي البيع من أي شخص أراد} وبسائر الخصوصيات التي يشملها إطلاق عقد المضاربة، لكن لا يخفى أن ادعاء المالك إنما يسمع إذا كان للنزاع ثمر، أما إذا لم يكن ثمر فلا يشمله دليل الترافع، كما ذكر في كتاب القضاء.

ولو قال المالك: شرطت عليه أن لا يشتري الحنطة، وقال العامل: بل كان الشرط عدم اشتراء الشعير، كان من التحالف، لأنه تداع، لا مدع ومنكر، وكذا في أمثال ذلك مما الجامع مورد اتفاقهما، وإنما الاختلاف في الخصوصيات المتقابلة.

{نعم لو فعل العامل ما لا يجوز له إلا بإذن من المالك، كما لو سافر أو باع بالنسيئة وادعى الإذن من المالك} وقلنا: إن الإطلاق لا يشملهما، فيحتاج الأمر إلى إذن خاص، كما تقدم من المصنف، وإن استظهرنا شمول الإطلاق لهما، إلا القدر غير المتعارف منهما، {فالقول قول المالك في عدم الإذن} لأصالة عدمه.

ولو قال العامل: أذن لي في السفر مطلقاً، وقال: بل في سفر خاص، أو قال العامل: في النسيئة مطلقاً، وقال: بل لشخص خاص مثلاً، كان القول للمالك في عدم الإطلاق، لأصالة

والحاصل: إن العامل لو ادعى الإذن فيما لا يجوز إلا بالإذن قدم فيه قول المالك المنكر، ولو ادعى المالك المنع فيما يجوز إلا مع المنع قدم قول العامل المنكر له.

عدم الزيادة، فلا يقال: إن كلاً من الإطلاق والتقييد خلاف الأصل، فهو من مورد التحالف.

{والحاصل: إن العامل لو ادعى الإذن فيما لا يجوز إلا بالإذن، قدم فيه قول المالك المنكر} لأن الأصل عدم الإذن.

{ولو ادعى المالك المنع فيما يجوز إلا مع المنع} لأن الإطلاق يشمله إلا بمنع خاص {قدم قول العامل المنكر له} لأن الأصل عدم المنع.

ولو قال العامل: إنه كان على نحو الشرط فالمضاربة صحيحة ولي حصتي، على ما تقدم من أن مخالفة الشرط لا توجب منع حصة العامل، وقال المالك: بل كان على نحو مصب عقد المضاربة، فالمخالفة توجب عدم العمل بالعقد، فالظاهر إنه من مورد التداعي، لا أن الأصل بقاء المضاربة، لأن كلاً ينكر ما يدعيه الآخر.

(مسألة ٥٢): {لو ادعى العامل التلف وأنكر المالك} سواء كان ادعاؤه تلف البعض أو الكل {قدم قول العامل} بيمينه لأنه أمين، وليس على الأمين إلا اليمين، كما تقدم في المسألة الخامسة والثلاثين من وجود الأدلة العامة والخاصة بالمضاربة في المقام.

ويؤيده صحيح محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام)، عن الرجل يستبضع المال فيهلك أو يسرق، أعلى صاحبه ضمان، قال: «ليس على صاحبه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً»(١).

فإنه يدل باللزوم العرفي على عدم البينة عليه، بل لو لا دليل اليمين كان دالاً على عدم اليمين أيضاً، فقول المستسمك: (إنما تدل الصحيحة على عدم ضمان الأمين لا على عدم تكليفه بالبينة، فهي حكم في مقام الثبوت لا في مقام الإثبات) انتهى، محل نظر.

وكيف كان، فالعامل {لأنه أمين} يقبل قوله باليمين {سواء كان} ادعاؤه التلف {بأمر ظاهر} كالحرق، حيث يمكن التحقيق {أو خفي} كالسرقة، فيما لا يمكن التحقيق عن صدقه.

وإذا علم المالك كذب العامل، فهل له أن يطور النزاع بحيث يستنقذ حقه منه، مثلاً أعطاه مائة وربح عشرين، منها للمالك مائة وعشرة

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٢٨ الباب ٤ من أبواب الوديعة ح٥.

وكذا لو ادعى الخسارة أو ادعى عدم الربح أو ادعى عدم حصول المطالبات في النسيئة مع فرض كونه مأذوناً في البيع بالدين

فإذا قال العامل: إنه قد سرق منه مائة وعشرة، قال المالك: إن رأس المال كان مائتين وعشرين، فاللازم إعطاء الباقي (المائة والعشرة)، احتمالان:

من أنه إنقاذ حق، ولبعض النصوص التي ذكرناها في كتاب الشهادات.

ومن أنه كذب ولا يجوز.

والأقرب الأول، فراجع تفصيل المسألة هناك.

ومنه يعلم حال ما إذا صدق العامل لم يقبل به المالك، حيث يضطر إلى الكذب لتخليص نفسه.

{وكذا لو ادعى} العامل {الخسارة أو ادعى عدم الربح أو ادعى عدم حصول المطالبات في النسيئة مع فرض كونه مأذوناً} إطلاقاً وإذنا خاصاً {في البيع بالدين} كل ذلك بلا إشكال ولا خلاف، كما يظهر من كلماتهم، بل صرح به في الجواهر في بعض فروع المسألة.

ومنه يعلم حال ما إذا سلم المالك بعض كلامه دون بعض، كما إذا ادعى العامل خسارة مائة فسلم المالك خسارة أربعين، فإن العامل مقبول القول بالنسبة إلى الستين الأخر، واليمين المطلوبة منه على خسارة أو تلف الستين، لا على الأربعين الذي سلمه المالك كما هو واضح، ولو قال المالك: تلفت الدراهم، وقال العامل: بل الدنانير، كان قول العامل مقبولاً والمالك يحق له أخذ مقدار الدنانير من الدراهم، أما الزائد المختلف فيه فيأخذه الحاكم على ما سبق في بعض المسائل

ولا فرق في سماع قوله بين أن يكون الدعوى قبل فسخ المضاربة أو بعده، نعم لو ادعى بعد الفسخ التلف بعده ففي سماع قوله لبقاء حكم أمانته، وعدمه لخروجه بعده عن كونه أميناً، وجهان.

المتقدمة {ولا فرق في سماع قوله بين أن يكون الدعوى} في المالك عليه {قبل فسخ} أو إتمام أو انفساخ {المضاربة أو بعده} لإطلاق أدلة أنه أمين، كما هو الحال في كل أشباه ذلك كالمزارعة والمساقاة والعارية والوديعة والإجارة وغيرها.

{نعم لو ادعى بعد الفسخ} أو أخويه {التلف بعده، ففي سماع قوله لبقاء حكم أمانته} فإن إطلاق أدلة الأمين يشمله، والظاهر أنه أراد ما ذكرناه، لا الاستصحاب كما فهمه المستمسك.

{وعدمه} أي عدم سماع قوله إلا بالبينة، لأنه مدع حينئذ {لخروجه بعده عن كونه أميناً} فاللازم إجراء مقتضى الدعوي في حقه، حيث إن المدعي يحتاج إلى البينة.

{وجهان} أقواهما سماع قوله، كما اختاره ابن العم وغيره، وقال في المستمسك: (إذا تحقق ذلك ــ أي حكم أمانته ــ فلا مجال للوجه الثاني) انتهى.

نعم، يجب أن لا يخرج من الأمانة إلى الخيانة، بأن كان مقصراً في الرد مع طلب المالك، إذ حينئذ ليس ما عنده أمانة شرعية ولا مالكية، فالضمان من باب القاعدة بعد سقوط دليل الأمانة بالنسبة إليه.

ولو أقر بحصول الربح ثم بعد ذلك ادعى التلف أو الخسارة وقال: إني اشتبهت في حصوله، لم يسمع منه لأنه رجوع عن إقراره الأول

{ولو أقر بحصول الربح ثم بعد ذلك ادعى التلف} للمال قبل حصول الربح {أو الخسارة} لأصل المال {وقال: إني اشتبهت في حصوله} أي حصول الربح {لم يسمع منه} كما أفتى به المحقق والعلامة وغيرهما {لأنه رجوع عن إقراره الأول} وعلله في الجواهر بسبق إقراره الماضي عليه بقاعدة «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»(1)، وقاعدة عدم سماع الإنكار بعد الإقرار السالمين عن معارضة قاعدة سماع الأمين في كل ما يدعيه، بعد عدم ثبوت هذا العموم، وإنما الثابت المسلم ما لم يسبق بإقرار.

وقد أقر المصنف على ما ذكره غير واحد من المعلقين كالسيدين ابن العم والبروجردي، لكن قال السيد الجمال: الأقوى سماع دعوى الغلط أو الاشتباه أو نحوهما في الإقرار، ولا يكون رجوعاً عن إقراره السابق، بل يكون دعوى على خلاف ظاهره.

أقول: وما ذكره هو مقتضى القاعدة، لإطلاق دليل أن الأمين ليس عليه إلا اليمين، وكثيراً ما يكون غالطاً أو مشتبهاً، ودليل الأمين ورد على قاعدتي الجواهر، مضافاً إلى عدم وضوح أنهما قاعدتان، بل قاعدة واحدة.

(1) الوسائل: ج١٦ ص٥٦٨ الباب ٣ من كتاب الإقرار ح٢.

ومما ذكرنا يعلم وجه النظر في قول المستمسك: (من أن قاعدة عدم سماع الإنكار بعد الإقرار تختص بما إذا كان الإنكار وارداً على ما ورد عليه الإقرار بحيث يكون معارضاً له، كما إذا قال: لك علي درهم، ثم قال: ليس لك علي درهم.

أما إذا كان الإنكار وارداً على أمر آخر غير الواقع الذي ورد عليه الإقرار كما في المقام، لم يكن وجه للرد، فإن قوله: اشتبهت أو غلطت، أو ما قصدت الواقع، وإنما كان إخباري تورية، أو قصدت الواقع لا بقصد بيان الواقع بل بقصد التخلص من الضرر، ونحو ذلك مما لا يكون القول الثاني وارداً على ما ورد عليه الأول، ولا معارضاً له، فلا يكون من الإنكار بعد الإقرار) انتهى.

إذ لا شك في ورود الإنكار على ما ورد عليه الإقرار في المقام عرفاً، فإن لم نقل بإطلاق أمانة العامل الشامل لقوله الثاني، كان اللازم الذهاب إلى ما ذهب إليه الجواهر.

ومنه يظهر أضعفية عدم قبول قوله حتى مع البينة، كما استظهره الجواهر من قول الشرائع، إذ منتهى الأمر سقوط قول العامل بدون البينة، فلماذا يسقط قوله مع البينة بعد وضوح أن البينة حاكمة على الإقرار كما ذكرناه في كتاب الشهادات.

فلو شهدت امرأة على نفسها بالزنا أربع مرات، وقالت البينة: كانت حال ما تدعيه من الزنا عندنا سقط قولها لا من باب درء الحدود بالشبهات، بل من باب أقدمية البينة على الإقرار، وكذا لو قال: أخذت من زيد ديناراً البارحة فهو

يطلبني، وقامت البينة أن زيداً كان البارحة في بلدنا، فلم يأخذ منه، قدمت البينة على الإقرار، إلى غير ذلك من الأمثلة.

وعليه فالاستدلال لتقديم الإقرار على البينة في المقام بأن الدعوى الثانية من قبيل الإنكار بعد الإقرار، وهو غير مسموع، والبينة لما كانت مكذبة بإقراره الأول فهي أيضاً غير مسموعة، مع أنها لا تسمع إذا لم تكن لها دعوى مسموعة، انتهى. غير ظاهر الوجه.

كما أن رد المستمسك له بأنه ليس من الإنكار بعد الإقرار، بل هو من باب شرح حال الإقرار، انتهى، قد عرفت ما فيه.

نعم لقد أجاد في قوله: إطلاق سماع قوله الأمين يقتضي قبوله فيسقط به الإقرار، ودعوى عدم العموم في سماع قول الأمين ضعيفة لإطلاق قولهم (عليهم السلام): «إن اتهمته فاستحلفه» الشامل له من دون قرينة على صرفه عنه، انتهى.

وعليه فمقتضى ما ذكرناه أنه لو قال: إنه ربح، و لم يرجع عنه، وقالت البينة: إنه يكذب اشتباهاً أو عمداً أو غلطاً، سمع قولهم لا إقراره، ويؤيد ما ذكرناه رفع الإمام أمير المؤمنين (عليه السلام) القصاص عمن أقر على نفسه بالقتل، ثم ظهر قاتل آخر ورجع المقر الأول وادعى أنه اضطر إلى الإقرار، كما ذكرناه في كتاب الشهادات، فراجع.

{ولكن لو قال: ربحت ثم تلف، أو حصلت الخسارة} أو حصلت الخسارة أولاً بما سدها الربح أو ما أشبه ذلك {قبل منه} لإطلاق دليل أنه أمين، والأمين ليس عليه إلا اليمين.

ثم إن الاعتبار باستيمان المالك إياه، لا كونه أميناً عند الناس، لأنه المستفاد من إطلاق الأدلة، كما تقدم بعضها في المسألة الخامسة والثلاثين.

ولو لم يستأمنه المالك بأن يراه خائناً، لكن جعل عليه رقيباً، كان القول قول الرقيب لا العامل، فإذا ادعى العامل التلف ونحوه ــ مما هو خلاف الأصل ــ احتاج إلى الشاهد، لعدم شمول دليل الأمين له كما هو واضح.

ولو ادعى العامل الأمين التلف أو الخسارة، مما هو خلاف الأصل، لكنه أبى عن الحلف، لم يشمله دليل الأمين، بل اللازم أخذه به بدون الرد، أو مع الرد على المالك، على الاختلاف هناك.

(مسألة ٥٣): {إذا اختلفا في مقدار حصة العامل وأنه نصف الربح مثلاً أو ثلثه}، قال بالأول المالك، وقال بالثاني العامل، أو بالعكس، لأن كلاً منهما زعم أنه الحقيقة و لم يرد أن يأكل حق الآخر، أو لأن في كون حصة المالك النصف الضريبة التصاعدية الزائدة عليه، فأراد التخلص منها، وكذلك بالنسبة إلى العامل، فتكون دعواه الزيادة لغيره فراراً من ضرر أكثر، فالأصل مع مدعي نفي الزيادة.

لا يقال: لا أصل مع المالك في نفي الزيادة، لأن الأصل كون كل الربح له إلا ما خرج، فالأصل مع العامل.

لأنه يقال: قد تقدم الإشكال في كون الربح تابعاً للمال، حيث قلنا إنه تابع للمال والعمل بالنسبة، نعم يصح ذلك على قول المشهور الذين يرون الربح تابعاً للمال.

ولو ادعى المالك الزيادة لنفسه {قدم قول المالك} كما هو المشهور، بل عن التذكرة نسبته إلى علمائنا، ولا يخفى أن هذا إنما يتم على مبناهم في أن الربح تابع للمال.

أما على ما ذكرناه من أنه تابع للمال والعمل بالنسبة، فالأصل يكون تارةً مع المالك إذا ادعى أكثر من حقه، وتارة مع العامل إذا ادعى أكثر من حقه، مثلاً كان مال المضاربة ألفاً فربح خمسمائة والنسبة العادلة أن يكون للعامل ثلاثة أخماسه وللمالك خمساه، فادعى المالك نصفه، أو ادعى العامل سبعة أعشاره، فإن الأصل عدم الخمسين للمالك في الأول وللعامل في الثاني.

وقد ذكر جامع المقاصد كلاماً فيه مواضع للنظر، قال: (إن كلامهم بتقديم قول المالك واضح إن كان الاختلاف قبل حصول الربح، لأن المالك متمكن من منع الربح كله بفسخ العقد، وأما بعد حصوله فإن كلاً منهما مدع ومدعى عليه، فإن المالك يدعي استحقاق العمل الصادر فالحصة الدنيا والعامل ينكر ذلك فيجيء القول بالتحالف إن كانت أجرة المثل أزيد مما يدعيه المالك، ولا أعلم لأصحابنا قولا بالتحالف، وإنما القول بالتحالف مع الاختلاف في الربح مطلقاً قول الشافعي) انتهى.

إذ يرد عليه أولاً: إنه لا فرق بين حصول الربح وعدم حصوله، وقوله: (لأن المالك) إلخ، لا ربط له بالتراع، إذ التمكن من الفسخ لا أثر له في تبديل مصب التراع.

وثانياً: قوله: (متمكن من منع الربح كله) لم يفهم وجهه، إذ كلامه قبل حصول الربح فمنع المالك الربح من باب السالبة بانتفاء الموضوع، مع أن اللازم أن يكون كلامه في السالبة بانتفاء المحمول فتأمل.

وثالثاً: إن التحالف إنما يكون إذا لم يكن هناك أصل، والحال أنه موجود، أما على قول المشهور فلأن الأصل مع المالك، وأما على قولنا: فلأنه مع من لا يدعي الزيادة عن حقه.

أما رد المستمسك له بأن كلام جامع المقاصد مبني على أن المعيار في تشخيص المدعي والمنكر مصب الدعوى، والحال أن المعيار في تشخيص المدعي والمنكر الغرض المقصود من الدعوى، فقد عرفت في بعض المسائل

السابقة أنه خلاف ظاهر الأدلة ونص المشهور ومقتضى القاعدة.

فلو اختلف الزوجان في أنه دوام أو متعة، وكان غرضهما من الدعوى النفقة، فهل الحاكم ينظر في الدعوى، أو في استحقاقها النفقة وعدمها، إلى غير ذلك من الأمثلة.

ولقد أشكل الجواهر على جامع المقاصد بقوله: (لا ريب في أن كلاً منهما مدع ومنكر إذا كان نزاعهما في تشخيص ما وقع عليه عقد المضاربة ضرورة اقتضاء الأصل عدم كل من الشخصين، نعم بعد تعارض الأصول في ذلك يرجع إلى أصل آخر ولا ريب في كونه مع المالك، لأن الأصل عدم استحقاق العامل الزائد) انتهى.

وهو متين إلا في جعله الأصل الآخر مع المالك، إذ قد عرفت أن الأصل مع من يدعي الحصة المعقولة.

أما إشكال المستمسك عليه بأن الأصل المذكور لا يثبت إحدى الدعويين ولا ينفيهما، ففيه: إنه لم يرد صاحب الجواهر الإثبات والنفي، بل أراد أنهما يتعارضان ويكون المرجع بعد التساقط شيء آخر.

أما ما في كلام جامع المقاصد من مسألة أجرة المثل، ففيه: إنه لا موقع لأجرة المثل بعد اتفاقهما على قرار خاص، وقد يكون كلاهما ينكرانها، نعم إن بدل الأجرة بالحصة كما ذكرناه كان له وجه.

(مسألة ٥٤): إذا ادعى المالك أني ضاربتك على كذا مقدار وأعطيتك، فأنكر أصل المضاربة أو أنكر تسليم المال إليه، فأقام المالك بينة على ذلك، فادعى العامل تلفه لم يسمع منه وأخذ بإقراره المستفاد من إنكاره الأصل

(مسألة ٥٤): {إذا ادعى المالك أني ضاربتك على كذا مقدار وأعطيتك} كل المال، أو بعض المال وإنما عندي لك بقية المال فقط، {فأنكر} العامل {أصل المضاربة} وتبعاً لذلك أنكر تسليم كل المال أو بعضه {أو أنكر تسليم المال} كله أو بعضه {إليه} بعد أن سلّم أنه ضاربه {فأقام المالك بينة على ذلك} الأصل، أو التسليم للكل أو البعض {فادعي العامل تلفه} وقال: إني إنما أنكرت الأصل لأني لو سلمت به كانت البينة علي، ولذا أنكرت حيث لا بينة لي وقد تلف المال في يدي، {لم يسمع منه} دعواه التلف {وأخذ بإقراره المستفاد من إنكاره الأصل} يعني إنكار المضاربة أو إنكار التسليم، فإن إنكاره يساوق إقراره بعدم التلف عنده، فإن ما لم يأخذه لم يتلف عنده، فلا يسمع دعواه.

والظاهر أنه إذا أقام البينة على التلف سمع منه، لأن البينة مقدمة على إقراره، لما تقدم في بعض المباحث السابقة من تقديم البينة على الإقرار، فقول بعضهم بعدم قبول البينة بعد إقراره، غير ظاهر الوجه.

والكلام في المسألة في أمور:

الأول: إنه حيث أنكر أصل المضاربة أو التسليم، لم يقبل قوله بعد ذلك بأنه تلف، وذلك لأن دليل «ليس على الأمين إلا اليمين» منصرف عن مثل هذا الأمين إن لم نقل إنه بإنكاره خرج عن موضوع الأمين وصار خائناً، وهل هذا

يجعله خائناً مطلقاً، أو لا مطلقاً، أو يفصل بين قصده الخيانة وقصده رفع التبعة عن نفسه، حيث ظن جواز ذلك، احتمالات:

الأول: من جهة أنه يعد خائناً عرفاً.

الثاني: من جهة أن الخيانة عبارة عن الخيانة في المال، لا الكذب في القول، فمن يقول: إنه لم يستأجر الدار من زيد بل أودعها إياه مثلاً، لا يقال له عرفاً إنه خائن.

والثالث: من جهة أنه إذا لم يقصد الخيانة فالإنكار الذي ظنه جائزاً شرعاً لا يدخله في الخائن عرفاً، فقد زعم أنه لا يقبل قوله: إذا قال إنه تلف، بخلاف ما إذا أنكر، حيث يقبل قوله بعد عدم البينة لمدعيه، وهذا هو الأقرب.

الأمر الثاني: إنه إذا أقام البينة على التلف قبل، لأنه مدع أقام البينة، فيشمله أدلة البينة، ولا وجه لعدم قبولها بعد إنكاره، كما هو كذلك في أمثال المقام، مثلاً إذا أنكر المستأجر أنه تسلّم العين، ولما ظهر كذبه أقام البينة على أنه ردها إلى المؤجر، أو أنكر الزواج ولما ظهر كذبه أقام البينة أنه طلقها، إلى غير ذلك من الأمثلة، وعلى القائل بعدم شمول دليل البينة لمثل المقام أن يتمسك بالانصراف وهو غير ظاهر، ولو شك في الانصراف كان الأصل الإطلاق.

الأمر الثالث: إنه إذا ظهرت خيانته، حيث يسقط قوله المجرد عن البينة، يلزم عليه إعطاء العين، أو البدل مثلاً أو قيمةً، لقاعده اليد وغيرها.

وبذلك ظهر وجه النظر في قول المستمسك بعدم سماع قوله الذي كذبه،

نعم لو أجاب المالك: بأني لست مشغول الذمة لك بشيء، ثم بعد الإثبات ادعى التلف، قبل منه لعدم المنافاة بين الإنكار من الأول وبين دعوى التلف.

وعدم سماع بينته التي كذبها وأنه خائن.

كما ظهر الإشكال في جملة من الكلمات والحواشي، كقول القواعد: لو أنكر القراض ثم ادعى التلف لم يقبل قوله، إلى غير ذلك.

ولقد أجاد السيدان البروجردي والجمال حيث قالوا: بقبول قوله إذا أقام البينة.

وقد تحصل مما ذكرناه أنه قد يقبل قوله بيمينه، مثله مثل حاله قبل إنكاره، وقد يقبل قوله بالبينة لظهور خيانته فلا يقبل قوله كالسابق، وإنما يشمله إطلاق دليل البينة، وإذا لم يقبل قوله فعليه الضمان، لدليل اليد والضمان للعين إلا إذا قامت البينة على التلف المضمون فيرجع إلى البدل.

ولو ضمن ولم يكن عنده العين حتى يسلمها سجن لإعطاء العين حتى حصول اليأس فيقبل منه البدل.

{نعم لو أجاب} العامل {المالك} عند ادعائه المضاربة أو التسليم: {بأني لست مشغول الذمة لك بشيء}، فلا يجبر على أن يجيب بأنه ضارب أو سلم أو لا، لما قرر في كتاب القضاء والشهادات من عدم الإجبار.

{ثم بعد الإثبات} بالبينة أو غيرها أنه سلمه المال {ادعى التلف، قبل منه} لأنه لم يظهر أنه يكذب في دعواه عدم الاشتغال {لعدم المنافاة بين الإنكار من الأول وبين دعوى التلف} ثانياً.

وبذلك ظهر أحكام الصور الأربع: لأن العامل إما يقول: لم أتسلم المال، وقد يقول: لست مشغول الذمة، وعلى كل حال، فقد تقوم البينة

أنه تسلم المال، وقد تقوم أنه مشغول الذمة.

وبما ذكرناه يظهر وجه النظر في إيراد المستمسك على الماتن، فراجع كلامه.

ولذا سكت عليه كافة المعلقين الذين ظفرت بتعليقاتهم، وهم فوق العشرة من الأعاظم.

(مسألة ٥٥): إذا اختلفا في صحة المضاربة الواقعة بينهما وبطلانها، قدم قول مدعي الصحة.

(مسألة ٥٥): {إذا اختلفا في صحة المضاربة الواقعة بينهما وبطلانها} أو بطلان بعضها {قدم قول مدعي الصحة} سواء كان المدعي المالك أو العامل، لأصالة الصحة المستفادة من النص، والمشهورة في الفتوى، وقد ذكر دليله الجواهر والشيخ في المكاسب وغيرهما فراجع.

ثم الظاهر عدم الفرق في الاختلاف في الصحة والفساد من جهة عدم البلوغ، أو عدم العقل، أو الحجر، أو فقد سائر الشروط، لإطلاق دليل الصحة الوارد على أصالة عدم الانعقاد الذي هو الأصل الأولي في المعاملات.

ومنه يعلم جريان أصل الصحة في البعض إذا ثبت بطلان البعض، كما إذا كان أحد المالكين أو العاملين أو النقدين، فيما كان مالكان لعامل واحد، أو عاملان لمالك واحد، أو نقدان متعلق المضاربة، غير واجد الشرائط، فإنه لا يؤثر في بطلان كل المضاربة، بل قد يكون الخيار من باب تبعض الصفقة، إلى غير ذلك من الأحكام.

نعم قد تقدم في بعض المسائل السابقة أنه إذا كان عقدان في صيغة عقد، مثل نكاح الرجل زوجتين في صيغة واحدة، لم يؤثر بطلان أحدهما في خيار تبعض الصفقة بالنسبة إلى الآخر.

(مسألة ٥٦): إذا ادعى أحدهما الفسخ في الأثناء وأنكر الآخر قدم قول المنكر، وكل من يقدم قوله في المسائل المذكورة لا بد له من اليمين.

(مسألة ٥٦): {إذا ادعى أحدهما الفسخ في الأثناء وأنكر الآخر قدم قول المنكر} لأصالة عدم الفسخ، ومثله ما إذا ادعى أحدهما الانفساخ، ولو ادعى أحدهما الفسخ فلا ينفع، للزوم المضاربة بشرط ونحوه، والآخر الانفساخ القهري، فاتفاقهما على عدم وجود المضاربة الآن لا ينفع بعد أن كان الفسخ خلاف الشرط والانفساخ خلاف الأصل فتأمل.

{وكل من يقدم قوله في المسائل المذكورة} لأنه يوافق الأصل {لا بد له من اليمين} لقاعدة «البينة على المدعي واليمين على من أنكر»، فإذا كان للمدعي البينة فهو، وإلا حلف المنكر، وإن لم يحلف ففي الحكم عليه أو ردّ اليمين على المدعي قولان، ذكرنا تفصيله في كتاب القضاء، فراجع.

(مسألة ٥٧): {اذ ادعى العامل الرد وأنكره المالك} فالظاهر أن الأصل مع العامل، لإطلاق دليل «ليس على الأمين إلا اليمين» ككون الأصل معه في التلف والخسارة وغيرهما.

وقول المستمسك: (إن عموم ما دل على قبول قول الأمين يقتضي المنع عن العمل بالأصل، مندفعة بأنه لا عموم، لما دل على قبول قول الأمين يشمل المقام، مما كان الفعل مشتركاً بينه وبين المالك، ولذا كان المشهور عدم القبول) انتهى.

غير ظاهر الوجه، إذ من أين الفرق بين الفعل المشترك وغير المشترك مع إطلاق الدليل، إلا احتمال الانصراف وهو لو كان بدوي، ومن وجود الإطلاق في المقام يظهر أنه لا حاجة إلى استدلال جامع المقاصد والمسالك بقبول قول العامل بأنه إذا لم يقبل قوله يلزم تخليده في السجن، لأنه إذا كان صادقاً امتنع أخذ المال منه، وإذا كان كاذباً فظاهر حاله أنه لا يكذب نفسه فيلزم تخليد حبسه، انتهى.

إذ فيه إنه لا يخلد السجن، بل يسجن حتى يظهر صدقه أو كذبه، فإن كان الأول أطلق، ولا محذور في سجن البريء احتياطاً، كما كان رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) يسجن في المشتبه كونه قاتلاً ستة أيام[1]، وكذا أفتى الفقهاء بالسجن للمشتبه، لأن الفقيه وضع لتنظيم أمور البلاد والعباد، وذلك يلازم سجن مثله، كما ذكرنا تفصيله في كتاب الحدود والقضاء والشهادات، وإن كان ظهر كذبه أخذ من ماله

(١) الوسائل: ج١٨ ص١٨١ من أبواب كيفية الحكم ح٣.

وأطلق، وإن لم يكن له مال أطلق بضمان، فإنه ﴿إِنْ كانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلى مَيْسَرَةٍ﴾[1].

ومنه يعلم أن قول المصنف: {قدم قول المالك} لمطابقة قوله لأصالة عدم الرد، فيكون منكراً فإن أقام العامل البينة فهو، وإلاّ حلف المالك وكان الحكم له، غير ظاهر الوجه، إذ الإطلاق لا يدع مجالاً للأصل، كما هو كذلك فيما إذا ادعى العامل التلف أو الخسارة أو ما أشبه.

ولنا أن نسأل عن المستمسك عن فرقه بين المتن وبين ما قاله أخيراً، حيث قال: (نعم إذا كان المالك قد أمره بالرد إلى موضع معين عند انتهاء المضاربة، فادعى العامل ذلك، لم يبعد القبول كغيره من الأعمال المتعلقة به بالنسبة إلى المال لاختصاص الفعل به حينئذ) انتهى.

وقد عرفت أن الفرق بين الاشتراك والاختصاص غير فارق، نعم كافة المعلقين الذين ظفرت بتعليقاهم سكتوا على المصنف، كالسادة ابن العم والبروجردي والجمال، وكأهم ذهبوا إلى الانصراف المذكور، وهل يقولون بمثل ذلك فيما إذا ادعى المالك بعد أخذه المال أنه أخذه ناقصاً أو معيباً، أو أنه لم يكن ماله بل بدله أو ما أشبه ذلك.

ويؤيد قبول قول العامل ما ورد من ادعاء الظئر أنه ولدهم وشكهم في كونه ولدهم أو إنكاره لذلك، ولو كان احتاج العامل إلى البينة في دعواه الرد، لملك كل مالك أن يدعي عليه عدم رده ــ بعد أن رده عليه ــ فيأخذ منه مرة ثانية.

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٠.

وكذا ملك كل وارث أن يدعي على عمال مورثه ذلك، ولا مجال لسماع قوله إنه رد على المالك، ولو مرت على المعاملة أزمنة طويلة كعشرين سنة ونحوه.

ومن البعيد جداً أن يقولوا بذلك هنا وفي أشباهه، كما إذا ادعى ورثة كل مستأجر على مؤجر نفسه للمورث للعمل العين، كما إذا طلبت الورثة من الخياط والنجار والحداد ونحوهم استرجاع ثياب وأخشاب وحدائد مورثيهم، والعمدة إطلاق دليل الأمين.

(مسألة ٥٨): لو ادعى العامل في جنس اشتراه أنه اشتراه لنفسه، وادعى المالك أنه اشتراه للمضاربة، قدم قول العامل، وكذا لو ادعى أنه اشتراه للمضاربة وادعى المالك أنه اشتراه لنفسه لأنه أعرف بنيته

(مسألة ٥٨): {لو ادعى العامل في جنس اشتراه أنه اشتراه لنفسه، وادعى المالك أنه اشتراه للمضاربة، قدم قول العامل} بيمينه لأنه منكر، فيشمله «البينة على المدعي واليمين على من أنكر».

{وكذا لو ادعى} العامل {أنه اشتراه للمضاربة وادعى المالك أنه اشتراه لنفسه} أو ادعى أحدهما الاشتراك في المشترى والآخر الاختصاص فيه، فإن القول قول العامل {لأنه أعرف بنيته} فيشمله دليل ذي اليد إطلاقاً أو مناطاً، وهذا الدليل هو منشأ ما اشتهر بينهم من أن ما لا يعرف إلا من قبله يكون قوله حجة فيه، إذا لم يقم الطرف المدعي دليلاً على بطلان قوله، وربما يستدل لذلك أيضاً ببناء العقلاء مما لم يردعه الشارع.

{ولأنه أمين فيقبل قوله} إذ يشمله إطلاق «ليس على الأمين إلا اليمين»، وربما يستدل لذلك بقاعدة «من ملك شيئاً ملك الإقرار به»[1]، لكن الظاهر أنها مستفادة من الأدلة السابقة فلا تكون دليلا في قبال تلك الأدلة.

ولو قال العامل: إنه اشتراه للمضاربة، ثم قال: بل لنفسه، أو بالعكس، وقال: إنه اشتبه في كلامه الأول

---

(١) مفتاح الكرامة: ج٩ ص٢٢٥ كتاب الإقرار.

ولأنه أمين فيقبل قوله، والظاهر أن الأمر كذلك لو علم أنه أدى الثمن من مال المضاربة، بأن ادعى أنه اشتراه في الذمة لنفسه، ثم أدى الثمن من مال المضاربة، ولو كان عاصيا في ذلك.

فإن كان في أحد كلاميه ضرر عليه قبل، لقاعدة إقرار العقلاء، وإلا ففي قبول أيهما وجوه.

{والظاهر أن الأمر كذلك} في تقديم قول العامل {لو علم أنه أدى الثمن من مال المضاربة بأن ادعى أنه اشتراه في الذمة لنفسه، ثم أدى الثمن من مال المضاربة} فإنه {ولو كان عاصياً في} التصرف في مال الغير بدون إذنه إلا أن {ذلك} لا يوجب سقوط قوله بعد كونه ذا يد وأعرف بنيته، ولذا قال السيد البروجردي: لأن قبول قوله في نفي اشترائه للمضاربة ليس لأجل أمانته فقط حتى ترتفع بخيانته التي أقر بها، بل هو موافق للأصل، مضافاً إلى أنه أعرف بنيته.

أقول: بل ربما لا يكون عصياناً وخيانةً، كما إذا كان يزعم أن العبرة في الأمانة أن يؤدي الإنسان مثل النقد إذا صار وقت بذله، لا أن الشرط إعطاء عينه، فاشترى لنفسه داراً ليسكنها وبذل مال المضاربة لأنه يريد التجارة بمال المضاربة في اشتراء الحبوب، لأنه يراه أكثر ربحاً، وبعد لم يحن وقت الحبوب، فإنه ليس بخائن ولا عاص في هذا الدفع من مال المضاربة.

ومنه يعلم وجه النظر في إشكال ابن العم والحكيم، قال ثانيهما: (لا يخلو من إشكال، فإن قاعدة قبول قول من لا يعرف إلا من قبله لا تخلو من إشكال في المقام

لمخالفتها لظاهر الفعل، وكذلك قاعدة سماع قول الأمين، فإنه يختص بما إذا لم يكن ظاهر حجة على خلافه كما في المقام) انتهى.

وجهه أن ظاهر الفعل لا حجية فيه مع خلاف القول، إذ حجية ظاهر الفعل مستفادة من حمل فعل المسلم على الصحة، ومن الواضح أن قوله مقدم على فعله، فإذا قال الجزار: لم يذبحه ببسم الله، قدم قوله على فعله، وكذا إذا قال أفطر لزعمه أن المسافر يفطر من بلده، أو أنه يفطر وإن نوى إقامة عشرة أيام، إلى غير ذلك من الأمثلة.

أما عدم سماع قول الخائن، فيرد عليه:

أولاً: إنه أخص، لما عرفت من إمكان أن لا يكون خائناً.

وثانياً: ما عرفت من عدم التلازم بين الخيانة وبين عدم سماع قوله، لقاعدة ما لا يعرف إلا من قبله.

ومما تقدم يعرف الكلام في خلاف المسألة التي عنونها الماتن، بأن اشترى شيئاً وأعطى ثمنه من مال نفسه ثم ادعى أنه اشتراه للمضاربة، وإعطاؤه الثمن من مال نفسه كان من جهة زعمه أنه ثمن المضاربة، أو لأنه أراد استدراكه من مال المضاربة أو نحو ذلك، فلأنه أمين يقبل قوله، ولأنه ما لا يعرف إلا من قبله.

(مسألة ٥٩): لو ادعى المالك أنه أعطاه المال مضاربة، وادعى القابض أنه أعطاه قرضاً يتحالفان.

(مسألة ٥٩): {لو ادعى المالك أنه أعطاه المال مضاربة، وادعى القابض أنه أعطاه قرضاً يتحالفان} لأن كل واحد منهما مدع ومنكر، كما علله بذلك جامع المقاصد، قال: (فإن العامل يدعي خروج المال عن ملك المالك، والمالك ينكره، والمالك يدعي استحقاق عمل العامل في مقابل الحصة بالقراض والعامل ينكره).

أقول: هذا بالإضافة إلى أنه لا جامع بينهما يكون ما عداه خلاف الأصل، ولذا قال التحرير: هو أقرب، وقال: الإيضاح هو واضح.

ومنه يعلم وجه النظر في قول السيد البروجردي قال: (وفيه وجه آخر أن القول قول المالك، لأن القابض مقر بعد الأجرة لعمله، وأنه عمل لنفسه، والمالك مقر بثبوت حصة من الربح للقابض، فينحصر النزاع في غير تلك الحصة، والعامل يدعيه بالإقراض المخالف للأصل فيحلف المالك على نفيه ويحكم له به. وأما دعوى المالك للقراض فغير ملزمة لا يتوجه بها حلف على منكرها) انتهى.

وكأنه أخذه من القواعد حيث قال: أو ادعى المالك القراض والعامل القرض، فالقول قول المالك فيثبت له مع اليمين مدعاه من الحصة، واختاره في التذكرة، لأن المال ملكه والأصل تبعية الربح له فمدعي خلافه يحتاج إلى البينة.

وفيه أولاً: ما تقدم من أن الربح تبع لكلا المال والعمل، لا للمال فقط.

وثانياً: إن الاعتبار بمصب النزاع لا الغرض المقصود، وقد سبق أن هذا هو بناء المشهور المستفاد من الأدلة، كما ذكرناه في كتاب القضاء، كما يظهر

بما ذكرناه الإشكال في تفصيل جامع المقاصد وترديد المستمسك، قال أولهما: (لو كان الاختلاف قبل حصول الربح لكان القول قول المالك مع يمينه قطعاً، لأن الأصل بقاء المال له، ولا معارض له هنا)، وقال ثانيهما: (إذا كان المعيار في تشخيص المدعي والمنكر مصب الدعوى فلا ريب في أن المقام من التداعي، لأن كلا منهما يدعي الأصل، وإذا كان المعيار الغرض المقصود من الدعوى فيختلف باختلاف الموارد)، إلى آخر كلامه.

إذ يرد على الأول: أن لا أصل في المقام، فإن المال قبل عقد القراض عليه غير المال بعد عقد القراض، فلا تمامية لأركان الاستصحاب.

وعلى الثاني: ما تقدم من أن التشخيص بالمصب لا بالغرض المقصود.

وبذلك ظهر وجه الإشكال في كلام السيد الجمال، حيث جعل التراع من باب المدعي والمنكر دون التداعي، لكن على تفصيل فراجع تعليقته.

وكأنه لما ذكرناه سكت جملة من الأساطين على المتن، منهم السيد ابن العم وغيره.

{فإن حلفا أو نكلا} فيما ليس لأحدهما بينة كما هو واضح {كان للقابض أكثر الأمرين من أجرة المثل والحصة من الربح} كما عن التحرير والإيضاح وجامع المقاصد وغيرهم، وعن القواعد بناءً على التحالف، وعللوه بأنه إن كان الأكثر نصيبه من الربح فرب المال يعترف له به وهو يدعي كله، وإن كانت

أجرة المثل أكثر، فالقول قوله بيمينه في عمله، كما أن القول قول رب المال في ماله فإذا حلف قبل قوله في أنه ما عمل بهذا الشرط، وإنما عمل بعوض لم يسلم له، فيكون له أجرة المثل.

أقول: لا يخفى ما في هذا التوجيه، إذ لا وجه لملاحظة أجرة المثل مطلقاً، فإن المالك يدعي أن الزائد على الحصة له، والعامل يدعي أن كل الربح له، فهما متفقان على أنه لا أجرة مثل للعامل، فمن أين جاءت أجرة المثل.

وعليه فاللازم إعطاء العامل الحصة من الربح، حسب ما يدعيه المالك من القراض.

أما الزائد على الحصة فهما يتنازعان فيه، المالك يقول: إنه له، والعامل يقول: إنه له، فمقتضى قاعدة العدل أن يقسم بينهما بالسوية، كما ذكرناه في كتاب الخمس وغيره، فإذا كان الربح مائة، وقال المالك: إنه بيننا بالسوية، كان له خمس وعشرون، لأن المالك يسلم أن العامل له خمسون مضاربةً، ويكون النزاع في الخمسين الآخر، ويقسم بينهما بالسوية، ولذا قال السيد ابن العم: للقابض الحصة من الربح ويقسم الزائد بينهما، وقال بعض المعلقين: أما ما ذكره بعض آخر من الإقراع في الزائد ففيه إنه خلاف ما ثبت في الماليات من قاعدة العدل الحاكمة على القرعة.

ومما تقدم يظهر وجه النظر في كلام المستمسك حيث قال: (هما معاً يعترفان باستحقاق العامل الحصة، ويختلفان في استحقاقه للزائد، فالعامل يدعي ذلك بدعوى كون المال له، والمالك ينكر ذلك، وحيث إن الأصل عدم خروج المال

إلا إذا كانت الأجرة زائدة عن تمام الربح، فليس له أخذها لاعترافه بعدم استحقاق أزيد من الربح.

عن ملك المالك فقول العامل مخالف للأصل فيكون مدعياً، وقول المالك موافق له فيكون منكراً، فإذا حلف المالك ثبت قوله وبطلت دعوى العامل) انتهى.

إذ فيه أولاً: عدم تمامية أركان الاستصحاب حتى يجري الأصل في المقام.

وثانياً: الملاحظ مصب الدعوى، لا الغرض المقصود منه أو أوله، فإذا حلفا أو نكلا سقط كلتا الدعويين، ورجع الأمر إلى الاختلاف في الزائد من الحصة، فيقسم بينهما حسب العدل، والقول بأنه مقطوع عدم الصحة، لأنه إن كان قرضاً كان الزائد للعامل، وإن كان قراضاً كان للمالك، مدفوع بأن قاعدة العدل أصل في مقام الجهل، كدرهمي الودعي وإرث الخنثى من الموارد المتعددة التي حكم بذلك الشارع.

ومما تقدم ظهر أنه لا مجال لقول المصنف: {إلا إذا كانت الأجرة زائدة عن تمام الربح فليس له أخذها، لاعترافه بعدم استحقاقه أزيد من الربح} إذ قد تقدم أنه لا موقع لذكر أجرة المثل.

ثم إن مما تقدم يظهر حال العكس، وهو ما لو ادعى المالك أنه أعطاه قرضاً، وقال العامل: بل قراضاً، ويكون ذلك فيما إذا تلف المال بدون تفريط، حيث على القرض العامل ضامن، بخلاف ما إذا كان على القراض، هذا وقد يكون الاختلاف حقيقةً لا لأجل التخلص من التبعة، بل لأجل أن كلا منهما يزعم ما يقوله حقاً.

وعلى أي حال، فإذا لم يكن لأحدهما بينة كان من مورد التحالف، فإذا حلفا أو نكلا كان اللازم إجراء قاعدة العدل بإعطاء العامل للمالك النصف، لأنه إن كان قرضاً كان اللازم عليه إعطاء الكل، وإن كان قراضاً لم يلزم عليه شيء، لأن التلف بدون التفريط من كيس المالك.

نعم إذا كان الأمر بالتفريط لم يكن مورد للتزاع، إذ على كل تقدير يلزم عليه رد كل المال.

وإذا ربح المال وقال المالك: إنه قرض فلا حق لي في الربح، وقال العامل: بل قراض فلك حق الربح، كانت الحصة التي يعطيها العامل معلقة، فيكون الآخذ لها الحاكم، وقد ذكرنا في بعض المسائل السابقة أن الحكم مع إصرارهما على الرفض التنصيف، لقاعدة العدل، وعليه فلا وجه لقول المصنف.

(مسألة ٦٠): إذا حصل تلف أو خسران فادعى المالك أنه أقرضه، وادعى العامل أنه ضاربه، قدم قول المالك مع اليمين.

(مسألة ٦٠): {إذا حصل تلف أو خسران فادعى المالك أنه أقرضه} فلا تبعة عليه {وادعى العامل أنه ضاربه} فالتبعة على المالك فيما لم يكن التلف والخسران بتفريط ونحوه {قدم قول المالك مع اليمين}، وسبقه إلى ذلك القواعد والتذكرة والتحرير كما حكي عنهم، وقد علله بعضهم بأن الأصل في وضع اليد على مال الغير ترتب وجوب الرد عليه، لعموم قوله (عليه السلام): «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» ولأن العامل يدعي على المالك كون ماله في يده على وجه لو تلف لم يجب بدله والمالك ينكر، فالأصل مع المالك، يشمله قوله (عليه السلام): «واليمين على من أنكر»[1].

وفيه: أن لا أصل في وضع اليد، لأن وضع اليد على قسمين، يد أمانة وغيرها، وعلى اليد ناظر إلى الثاني لا الأول، بمقتضي الجمع بين «على اليد» وبين «ليس على الأمين إلا اليمين».

أما تعليله الثاني، ففيه إنه خلاف مصب الدعوى، وقد تقدم أن اللازم ملاحظة مصب الدعوى، وإلا فالأصل أيضاً براءة ذمة العامل، فالمالك مدع أيضاً إن قيل هذا الأصل زال بتحقق إثبات يده على مال المالك المقتضي لكونه في العهدة.

قلت: ليس كل إثبات يد على مال أحد يقتضى كونه في العهدة، لأنك قد عرفت أن إثبات اليد على قسمين.

(١) الوسائل: ج١٨ الباب ٤ من كتاب القضاء ح١.

أما جواب المستمسك عن اليد، بأنه مختص بما إذا كان المال المأخوذ مال الغير، وهو خلاف دعوى المالك، إذ في القرض لا يكون المال مال الغير، بل يكون مال نفسه، ولذا يكون ضمان المال بالقرض لا باليد، إلى آخره.

ففيه: إنا لو لم نقسم اليد على قسمين شمل الحديث كل أقسام اليد، فإن الشيء مصداق «ما أخذت»، فإن قيل: الأصل الضمان إلا ما خرج، كان اللازم لمدعي الخروج الإثبات.

وإن قيل: لا أصل، بل اليد الضمانية وغير الضمانية في حد سواء كل يريد الإثبات، كان المقام من التداعي.

وإن قيل: الأصل عدم الضمان ــ باعتبار براءة الأخذ ــ إلا ما خرج، كان اللازم لمدعي الضمان الإثبات.

وقد اختلفوا في مسألة اختلاف الراكب ومالك الدابة في أنها عارية فلا أجرة، أو إجارة فعلى الراكب أجرة، فذهب الشيخ وابن زهرة وأول الشهيدين والأردبيلي والخراساني إلى قبول قول الراكب لأصالة البراءة، وذهب غير واحد بل قيل إنهم الأكثر أو المشهور، بتقديم قول مدعي الإجارة، وعلله الجواهر بأصالة احترام مال المسلم كدمه وعرضه مما لازمه الضمان إلا ما خرج، والمسألة سيالة.

ومما تقدم ظهر وجه النظر في كلام السيد البروجردي، حيث اختار تقديم قول المالك مستدلا بأصالة الضمان في الأموال التالفة عند غير مالكها الثابتة بالنص والفتوى، ولولاها لكان القول قول العامل، لأصالة عدم الإقراض، وكون دعوى القراض غير ملزمة.

وفي كلام ابن العم، حيث قال: لا يبعد تقديم قول العامل.

وغالب المعلقين بين هذين القولين.

نعم تأمل فيه بعضهم، وقد عرفت أن مقتضى القاعدة التحالف، لأنه مقتضى ملاحظة مصب الدعوى، كما هو كذلك في أمثال هذه المنازعات، كما لو قال أحدهما: إنه رهن، وقال الآخر: بل إجارة. أو قال: إنه جعالة، وقال الآخر: إنه إجارة، إلى غيرهما كالإجارة والمزارعة أو المساقاة، إلى غير ذلك، فإنه لا أصل بعد عدم موافقة الأصل لأحدهما في المصب، وعدم النظر إلى أول الدعوى.

هذا كله مقتضى القاعدة الأولية، وإن كان يظهر من غير واحد من الروايات خلاف ذلك.

مثل صحيح إسحاق بن عمار، قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن رجل استودع رجلاً ألف درهم، فضاعت فقال الرجل: كانت عندي وديعة، وقال الآخر: إنما كانت لي عليك قرضاً، فقال (عليه السلام): «المال لازم له، إلا أن يقيم البينة أنها كانت وديعة»[1].

وصحيحة محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام)، أنه قال في رجل رهن عند صاحبه رهناً فقال الذي عنده الرهن: ارتهنه عندي بكذا وكذا، وقال الآخر: إنما هو عندك وديعة، فقال (عليه السلام): «البينة على الذي عنده الرهن أنه بكذا وكذا، فإن لم يكن له بينة فعلى الذي له الرهن اليمين»[2].

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٣٢ الباب ٧ من أبواب أحكام الوديعة ح١.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٣٦ الباب ١٦ من أبواب أحكام الرهن ح١.

وعن عباد بن صهيب، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن متاع في يد رجلين أحدهما يقول: استودعتكه، والآخر يقول: هو رهن، قال فقال: «القول قول الذي يقول هو إنه رهن، إلا أن يأتي الذي ادعى أنه أودعه بشهود»[1].

إلى غيرها من الروايات.

وإن كان المستمسك قال بعد أن ذكر المصحح: إن استفادة الكلية منه غير ظاهرة، وتفصيل الكلام في ذلك في كتاب الرهن والوديعة وغيرهما.

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٣٧ الباب ١٦ من أبواب أحكام الرهن ح٣.

(مسألة ٦١): لو ادعى المالك الإبضاع، والعامل المضاربة، يتحالفان.

(مسألة ٦١): {لو ادعى المالك الإبضاع} فكل الربح للمالك {والعامل المضاربة} فليس كل الربح للمالك {يتحالفان} كما عن التذكرة إنه أقرب، وعن الإيضاح إنه الأصح، وذلك لأنهما دعويان متعارضتان، فلا وجه لجعل أحدهما مدعياً والآخر منكراً، بعد أن عرفت أن العبرة بمصب الدعوى، لا بمآله والغرض المقصود منه، خلافاً للقواعد، حيث قال: إن القول قول العامل، لأن عمله له فيكون قوله مقدماً فيه، وكأن مراده العمل له بعض الربح، كما أن للمال بعض الربح فلا وجه لتقديم قول من يريد كل الربح.

ومنه يعلم عدم ورود إشكال المستمسك عليه، قال: التعليل المذكور معارض بمثله بالنسبة إلى المالك، فإن المال للمالك فيكون قوله مقدماً فيه أيضاً.

ومما تقدم يظهر وجه النظر في كلام السيدين البروجردي وابن العم، حيث قال الأول: (إن ادعى المالك الإبضاع بلا أجرة أو بأجرة المثل وهي أقل من الحصة المدعاة من الربح الحاصل لا مباينة لها، وأما مع تساويهما أو كون الأجرة أكثر فالظاهر عدم توجه الحلف إليهما، بل يحكم له بالحصة أخذاً بإقرارهما).

وقال الثاني: (الظاهر تقديم قول المالك بيمينه).

وجه النظر أن الملاحظ في الدعوى المصب لا الغرض، وكلام الأول مبني على ملاحظة الغرض، وكلام الثاني ناظر

إلى كون الأصل أن الربح تابع للمال فالعامل المدعي خلاف ذلك يحتاج إلى البينة، وقد سبق عدم تمامية ذلك وأن الربح تابع للمال والعمل معاً، فاللازم ملاحظة مصب الدعوى والتحالف، وعليه فلا فرق بين كون مدعي الإبضاع يدعيه بأجرة كما يظهر من كلام المصنف أخيراً، أو بلا أجرة، كما هو الإبضاع المصطلح عليه عند المشهور، فإن نتيجة الدعوى الاستحقاق وعدمه أو مقدار الاستحقاق.

أما الدعوى فليست في ذلك، كما لو ادعى أحدهما الدوام والآخر المتعة، حيث يختلف وجوب النفقة وعدمها، أو قالت: كان زنا بإكراه فالمهر، وقال: بل بدون إكراه فلا مهر، إلى غير ذلك من الأمثلة.

{ومع الحلف أو النكون منهما} حيث لا بينة {يستحق العامل أقل الأمرين من الأجرة والحصة من الربح} كما قال بذلك العلامة وغيره على تقدير القول بالتحالف في الإبضاع الذي يكون مع الأجرة، أما الإبضاع بلا أجرة على ما يدعيه المالك، فالنزاع في أصل استحقاق العامل.

وذلك لأن الحصة لو كانت أقل لم يدع العامل أكثر منها، وهو يعترف بأنه لا يحق له أكثر من الحصة، وإن كانت الأجرة أقل فالعامل وإن كان يدعي الأكثر منها، إلا أنه لا دليل له على أكثرية استحقاقه، والمالك إنما يسلم بالأجرة، فلا ملزم للمالك بإعطائه أكثر من الأجرة.

أما التعليل للأجرة بأنها إن كانت أقل من الحصة، فلأن الحصة قد انتفت

بيمين المالك، ففيه إنه أخص من المدعى، لأن المدعى أن للعامل أقل الأمرين في صورتي التحالف والنكول، وهذا التعليل إنما يناسب صورة التحالف لا صورة النكول.

ومنه يعلم أن قول السيد الجمال: إن المسألة مشكلة وذات وجوه، محل نظر.

هذا إن كان على تقدير البضاعة أجرة المثل، أما إذا لم تكن أجرة، فهل يقدم قول المالك، كما ذكره غير واحد من المعلقين، لأصالة عدم شيء للعامل، حيث إن ادعاءه المضاربة إذا لم يكن له بينة يقابل بأصالة العدم في طرف المالك فيحلف المالك وينتهي النزاع ولا شيء للعامل، أو أن المقام من التحالف أيضاً لأن مصب الدعوى هو المعتبر، وربما لا يريد العامل بدعواه المضاربة الحصة وإنما يريد مطلباً آخر، مثل كونه مشتغلاً بخدمة الناس مثلاً، احتمالان، وإن كان الظاهر الثاني، لما تقدم من أن العبرة بمصب الدعوى، والبضاعة والمضاربة عنوانان كالإجارة والوديعة والرهن والعارية.

ومنه يعلم أن ما في بعض الحواشي من ضعف احتمال التحالف لعدم جريان أصالة عدم البضاعة ضعيف، حتى في صورة عدم شيء للعامل في البضاعة، فكيف بصورة الأجرة له.

وقول آخر لا أثر لنفي الإبضاع، وإنما الإثر لنفي القراض، فيقدم قول المالك مع يمينه، محل إشكال، لما عرفت من الأثر حتى في صورة الإبضاع مجاناً.

وربما توهم أنه لا شيء للعامل، لأن الحصة سقطت بيمين المالك، والأجرة سقطت بإنكار العامل لها.

وفيه: إن كليهما يتفقان على شيء للعامل من الربح أو خارجه، وإنما الساقط

الخصوصية، فهو كاتفاقهما على أن المقرض يطلب من المقترض ديناراً أو درهماً، فاللازم براءة الذمة وإن اختلفا في أنه دينار أو درهم، إلى غير ذلك من الأمثلة.

نعم إذا لم يكن الجامع في المرافعات، لم يمكن العلاج بعد نفي الخصوصيتين، كما إذا ادعى أنه زوجه بنته فاطمة، وادعى الأب تزويجه بخديجة، فإنه لا يمكنه أخذ إحداهما، وإن علم زوجية إحداهما له في الجملة.

نعم لا يقدر هو أن يأخذ الخامسة والأم وما أشبه، كما لا يقدر الأب تزويج فاطمة.

ومثله الكلام في القتل المردد حيث لا يمكن القصاص من أحد المشتبهين بأنه قاتل، وإن أمكن توزيع الدية عليهما لقاعدة العدل، على ما ذكرناه في كتاب القصاص وغيره.

ثم إن كانت الأجرة مباينة للحصة، كما إذا كانت الأجرة باعتراف المالك شاةً، والحصة التي يدعيها العامل ديناراً، كان اللازم أقل الأمرين منهما، أو أقل الأمرين من القيمة السائدة بينهما مما يسمى بالروح الاقتصادي الساري في الأجناس المختلفة في علم الاقتصاد، احتمالان:

من أن أحدهما أقرب، فإن كانت الشاة أقل من الدينار أعطاه شاة، لأن أحدهما يقول بها، وإن كان الدينار أقل أعطاه ديناراً، لأن أحدهما يقول به.

ومن أن الأقربية لا تنفع بعد إنكار الآخر، بخلاف الروح السائد بين الشاة والدينار، فإنهما يتفقان على ذلك الروح السائد بين كليهما.

وهذا فيما إذا لم تكن الأجرة والحصة متحدتين جنساً، وإلا فلا مجال لهذا الكلام.

ولو لم يحصل ربح فادعى المالك المضاربة لدفع الأجرة وادعى العامل الإبضاع، استحق العامل بعد التحالف أجرة المثل لعمله.

{ولو لم يحصل ربح فادعى المالك المضاربة لدفع الأجرة} أي التخلص منها، وقوله (لدفع) من باب لام العاقبة، مثل ﴿لِيَكونَ لَهُمْ عَدُوًّا وَحَزَناً﴾[1]، وإلا فقد يكون النزاع لزعم كل منهما أنه الواقع حقيقة، كما تقدم.

{وادعى العامل الإبضاع} بأجرة، فقد تقدم أن الإبضاع قسمان، فقد يكون تبرعاً وقد يكون بأجرة، {استحق العامل بعد التحالف} منهما أو النكول منهما حيث لا بينة، {أجرة المثل لعمله} وذلك لما تقدم من أن المناط مصب الدعوى لا أَوْله والغرض منه.

ومنه يعلم أن قول السادة ابن العم والبروجردي والحكيم بأن المسألة من باب المدعي والمنكر، وإذ لا بينة للمالك يحلف العامل غير ظاهر الوجه.

قال في المستمسك: (لا يخفى أن دعوى المالك المضاربة إذا كان يقصد بها دفع الأجرة عن نفسه، فيكون العمل بلا عوض، كان حينئذ مدعياً، لمخالفة قوله لأصالة ضمان عمل العامل، وكان العامل المدعي للأجرة منكراً لموافقة قوله للأصل المذكور، فإذا لم يقم المالك البينة على المضاربة حلف العامل وثبتت له الأجرة، فالمقام من باب المدعي والمنكر) انتهى.

ومنه يعلم وجه النظر في جملة أخرى من التعليقات، فراجع كلامهم.

(١) سورة القصص: الآية ٨.

(مسألة ٦٢): إذا علم مقدار رأس المال ومقدار حصة العامل، واختلفا في مقدار الربح الحاصل، فالقول قول العامل، كما أنهما لو اختلفا في حصوله وعدمه كان القول قوله، ولو علم مقدار المال الموجود فعلاً بيد العامل واختلفا في مقدار نصيب العامل منه

(مسألة ٦٢): {إذا علم مقدار رأس المال} كمائة مثلاً {ومقدار حصة العامل} كنصف الربح مثلاً {واختلفا في مقدار الربح الحاصل} هل هو عشرون حتى يكون للمالك عشرة، أو عشرة حتى يكون له خمسة {فالقول قول العامل} لأنه أمين، كما في النص والفتوى مما إطلاقه يشمل المقام.

{كما أنهما لو اختلفا في حصوله وعدمه، كان القول قوله} بعدم حصول الربح لأنه أمين، أما إذا قال المالك: لم يحصل الربح إما اعتقاداً أو لمصلحة، حيث إن الدولة تأخذ ضريبة زائدة من كل ما له الربح، وقال العامل: بل حصل الربح، فهل يقدم قول العامل لأنه أمين، أو المالك لأصالة عدم الربح، ومعنى كون المالك أميناً في الضرر ونحوه لا في الربح، لأن الضرر ونحوه منصرف أدلة أمانته، وحيث لا يكون مجال لدليل أمانة العامل كان أصل عدم الربح محكماً، فيكون القول للمالك، احتمالان، لا يبعد الثاني، ويكون اللازم على العامل إيصال حصة المالك من الربح ــ على ما يقوله ــ إليه، فإن لم يقبل أعطاه الحاكم، لأنه ولي الممتنع، وليس للعامل أخذه لنفسه، لأن المالك لم يعرض عنه، وإنما يدعي أنه ليس له، وفرق بين الأمرين.

{ولو علم مقدار المال الموجود فعلاً بيد العامل} كمائة وأربعة وعشرين مثلاً {واختلفا في مقدار نصيب العامل منه} فقال المالك: إنه ثمانية، وقال العامل: بل اثنى عشر

فإن كان من جهة الاختلاف في الحصة أنها نصف أو ثلث، فالقول قول المالك قطعاً، وإن كان من جهة الاختلاف في مقدار رأس المال فالقول قوله أيضاً، لأن المفروض أن تمام هذا الموجود من مال المضاربة أصلاً وربحاً

{فإن كان من جهة الاختلاف في الحصة} المقررة للعامل {أنها نصف} فاثني عشر {أو ثلث} فثمانية، لفرض توافقهما أن الربح أربعة وعشرين لأن أصل المال مائة {فالقول قول المالك قطعاً} لأصالة عدم كون الأربعة المختلف فيها للعامل بعد بنائهم على أن الربح تابع للمال إلا بقدر أخرجاه منه للعامل.

لكن قد تقدم الإشكال في المبنى، وأن مقتضى القاعدة كون الربح وليداً للعمل والمال معاً بنسبة عقلائية، وعليه فإن كانت النسبة العقلائية مع العامل ـــ أي النصف في المثال ـــ كان الأصل معه، لأن المدعي من يخالف قوله الأصل، وعليه فإن لم يكن للمالك بينة حلف العامل وكان له ما يدعيه، وإن شئت قلت: المالك يدعي زيادة على حقه مما هو من حق العامل بطبعه فعليه البينة، فإن لم تكن بينة أخذه العامل بحلفه.

{وإن كان من جهة الاختلاف في مقدار رأس المال} فالعامل يدعي أن المائة والعشرة الحاضرة عشرون منه ربح فلي عشرة، لأن رأس المال كان تسعيناً، والمالك يقول: بل رأس المال مائة فلك خمسة.

{فـــ} المصنف يرى أن {القول قوله} قول المالك {أيضاً، لأن المفروض أن تمام هذا الموجود من مال المضاربة أصلاً وربحاً} لأن عندهم ربح المال

ومقتضى الأصل كونه بتمامه للمالك إلا ما علم جعله للعامل، وأصالة عدم دفع أزيد من مقدار كذا إلى العامل لا تثبت كون البقية ربحاً، مع أنها معارضة بأصالة عدم حصول الربح أزيد من مقدار كذا، فيبقى كون الربح تابعاً للأصل إلا ما خرج.

كله للمالك، وإنما يخرج شيء منه من كيس المالك إلى العامل حسب عقد المضاربة.

{ومقتضى الأصل كونه بتمامه للمالك إلا ما علم جعله للعامل} أي ما جعل، وذكر العلم من باب الطريقية.

{و} إن قلت: الأصل أن المالك لم يدفع أزيد من التسعين إلى العامل، وعليه فالتفاوت بين التسعين وبين المائة وعشرة ربح للعامل نصفه، وهو عشرة.

قلت: {أصالة عدم دفع أزيد من مقدار كذا} مثل التسعين في المثال {إلى العامل لا تثبت كون البقية} العشرين {ربحاً} لأنه من اللوازم العقلية، ومثلها لا تثبت بالاستصحاب حيث إن بناء المحققين عدم حجية الأصل المثبت.

{مع أنها معارضة بأصالة عدم حصول الربح أزيد من مقدار كذا} كالعشرة حسب ادعاء المالك، فيتساقط الأصلان، وحيث إن الربح للمالك إلا بمقدار علم خروجه، لم يكن للعامل إلا خمسة، في المثال.

وإليه أشار بقوله: {فيبقى كون الربح تابعاً للأصل إلا ما خرج} وكان الأولى أن يقول المصنف: الأصل المثبت إن كان حجة تعارض الأصلان، إذ الأصل الثاني أيضاً مثبت، لما ذكره المستمسك من أنه لا يثبت كون الربح الموجود

للمالك إلا بناءً على الأصل المثبت، وإن لم يكن الأصل المثبت حجة لم يجر أصل عدم دفع مقدار كذا إلى العامل.

هذا تمام الكلام في قول المصنف التابع للمشهور في كون الربح تابعاً للمال، لكنك قد عرفت أن القاعدة تقتضي كون الربح تابعاً لهما بالنسبة العرفية، فلا أصل يقتضي كون كل الربح للمالك إلا ما علم خروجه للعامل.

وعليه فمقتضى القاعدة أن يكون القول قول العامل بيمينه في أن الأصل كان تسعيناً والربح عشرين في المثال، أي في رأس مال أقل وربح أكثر، لأنه أمين، وقد تقدم أنهما لو اختلفا في قدر رأس المال أو في قدر الربح كان القول قول العامل.

ومما تقدم ظهر الكلام في كل أقسام المسألة وهي ثمانية، لأن مقدار رأس المال إما متفق عليه، أو مختلف فيه.

وعلى كل حال فمقدار حصة العامل إما متفق عليه، أو مختلف فيه.

وعلى كل حال فمقدار الربح إما متفق عليه، أو مختلف فيه.

ويضاف إلى ذلك صور جهلهما أو جهل أحدهما بأحد الأمور الثلاثة من الأصل والربح والحصة.

مسائل

الأولى: إذا كان عنده مال المضاربة فمات، فإن علم بعينه فلا إشكال، وإلا فإن علم بوجوده في التركة الموجودة من غير تعيين فكذلك

مسائل

{الأولى: إذا كان عنده مال المضاربة فمات، فإن علم بعينه فلا إشكال}، وفي الجواهر: ولا خلاف، في أن اللازم إعطاؤه إلى مالكه، فإن كان في ضمنه الربح أخذ الورثة مقدار حق مورّثهم ودفعوا الباقي إلى المالك، أي إنهما شريكان يلزم الإفراز برضى الطرفين، كما في سائر الأموال المشتركة، ولا يخفى أن البينة في تعيينه قائمة مقام العلم، فمراد المصنف بالعلم أعم من الوجداني، فيشمل التتريلي، ومثلهما الإقرار من المالك أيضاً، إلى غير ذلك.

{وإلا فإن علم بوجوده في التركة الموجودة من غير تعيين فكذلك} لا إشكال في حق المالك، وله أقسام ثلاثة:

لأنه إما على نحو الشركة، كما إذا كان الميت يطلب مائة دينار من زيد، نصفه للمالك ونصفه لنفسه فتقاضاها، فإن المائة المعطاة تكون على نحو الشركة.

وإما على نحو الخلط، بأن كان له خمسون ديناراً وأخذ خمسين ديناراً ثمن ما باعه من مال المضاربة، حيث اختلطا عنده، فإن كل دينار إما له وإما للمالك، إذا لم نقل بحصول الشركة القهرية بعد خلطهما، كما قيل بذلك في دراهم الودعيين.

وإما على نحو الكلي في المعين، كما إذا اشترى من مال المضاربة لنفسه على نحو الكلي في المعين، أو اشترى من مال نفسه لأجل المضاربة على نحو الكلي في المعين.

{و} على الأول: {يكون المالك شريكاً مع الورثة بالنسبة}، فيقسم بينهم على نسبة أموالهم، كما في قسمة غيرهم من الشركاء، كما ذكره الجواهر مفسراً به عبارة الشرائع، وفي الحدائق نسب هذا إلى الأصحاب.

وإذا تلف شيء بدون تعد وتفريط كان من الجميع بالنسبة، فإذا تلف دينار كان الذاهب من كل من الورثة والمالك النصف إذا فرض أن لكل منهما خمسيناً، وهكذا يذهب من أحدهما الثلث أو الربع إذا كان له ثلث أو ربع.

وعلى الثاني: فالمحكم في المقام قاعدة العدل، إذ هذا الدينار الذاهب قد ذهب من أحدهما، وحيث لا وجه لترجيح أحدهما كان اللازم التنصيف، وكذا إذا كان مال الميت منحازاً عن مال المضاربة، مثلاً في صندوق دنانير المضاربة وفي صندوق دنانير نفسه، ولم يعلم المالك والورثة أن الصندوق الذي سرق كان لأيهما، فإن قاعدة العدل تقتضي تقسيم البقية، وكذا إذا كان من جنسين مثلاً كان للمالك أثواب وللميت أخشاب ولم يعلم أيهما لأيهما، فاحترقت أحدهما، فإن الثانية

تقسم بينهما، وقد ذكرنا قاعدة العدل في كتاب الخمس والديات والقضاء وغيرها.

ومن ذلك يظهر أن إشكال المستمسك عليهم غير وارد، قال: (ويظهر من الجميع أن الاشتباه في المقام يقتضي الاشتراك حتى مع عدم الامتزاج، وهو غير ظاهر بل يشكل حتى مع العلم بالامتزاج في المثليات، مثل وضع ثوب في أثواب، فإنه لا يوجب الاشتراك إذا عرف بعينه، وكذا إذا اشتبه بغيره فإنه لا دليل على هذا الاشتراك) انتهى.

فإن فيه ما دل على قاعدة العدل المستفادة من النص، ودونها لا علاج إلا بالقرعة، وقاعدة العدل حاكمة عليها، ولعل إطلاق خبر السكوني شامل للمقام.

فقد روي عن جعفر، عن آبائه، عن علي (عليهم السلام)، أنه كان يقول: «من يموت وعنده مال المضاربة، قال (عليه السلام): إن سماه بعينه قبل موته، فقال: هذا لفلان، فهو له، وإن مات ولم يذكر فهو أسوة الغرماء»[1].

وعلى الثالث: فهل يحشر المالك مع سائر الغرماء في الضرب بالحصص، لإطلاق الأدلة والتي منها خبر السكوني المذكور، أو أن المالك الذي له الكلي

(1) الوسائل: ج١٣ ص١٩١ الباب ١٣ من أبواب أحكام المضاربة ح١.

ويقدم على الغرماء إن كان الميت مديوناً، لوجود عين ماله في التركة، وإن علم بعدم وجوده في تركته ولا في يده و لم يعلم أنه تلف بتفريط أو بغيره أو رده على المالك فالظاهر عدم ضمانه

في المعين يعطي حقه كاملاً، كما إذا كان الميت حياً واحترق كل أطنان قصبه ما عدا ما اشتراه المشتري بنحو الكلي في المعين، احتمالان، وإن كان الأقرب الضرب مع الغرماء، لأنه لا وجه لاستصحاب حال حياة الميت بعد تغير الموضوع عرفاً، فهنا مال تعلق به حق المالك المضاربي وسائر الغرماء، فلا دليل على تفضيل بعضهم على بعض، والمسألة بعدُ بحاجة إلى التأمل.

ومنه يعرف وجه التأمل في إطلاق قوله: {ويقدم على الغرماء إن كان الميت مديوناً، لوجود عين ماله في التركة} إذ فرق بين عين المال وبين الكلي في المعين، فإنه ليس عيناً بحيث يعلم بشمول دليل تقديم من له العين على سائر الديان لمثل الكلي في المعين.

ثم إنه إذا مات وعنده مال المضاربة و لم يعلم أنه في ضمن التركة، بل احتمل ذلك واحتمل خلافه، بأن احتمل أنه في الذمة، أو في مكان آخر مدفون أو نحو ذلك، فالظاهر أنه يضرب مع الغرماء لإطلاق أدلته، ولأنه مقتضى قاعدة العدل بعد الجهل بالواقع.

{وإن علم بعدم وجوده في تركته ولا في يده، و لم يعلم أنه تلف بتفريط} حتى يكون ضامناً ويضرب مع الغرماء {أو بغيره، أو ردّه على المالك} أو وهبه المال إياه أو ما أشبه مما لا حق لمالك {فالظاهر} أنه يضرب مع الغرماء إذا كان ماله أقل من ديونهم، ويأخذه المالك كاملاً إن لم يكن كذلك لعموم «على اليد»،

وكون جميع تركته للورثة، وإن كان لا يخلو عن إشكال بمقتضى بعض الوجوه الآتية، وأما إذا علم ببقائه في يده إلى ما بعد الموت:

١: ولم يعلم أنه موجود في تركته الموجودة أو لا، بأن كان مدفوناً في مكان غير معلوم، أو عند شخص آخر أمانة، أو نحو ذلك

فإنه يدل على لزوم الأداء إلا إذا علم المخرِج، وفي المقام لا علم بالمخرِج، فهو كما إذا كان زيد يطلب من عمرو، واحتملنا أنه وهبه أو ما أشبه ذلك، فإن مقتضى القاعدة إعطاؤه إلا إذا ثبت الخلاف.

ولذا قال المستمسك: (إنه مقتضى عموم «على اليد»، إذ لا يعتبر فيه أن يكون حال الموت، ضرورة صدقه مع كون اليد في بعض آنات الحياة، وعلى هذا كان اللازم على المصنف القول بالضمان فيه كما في الصور الآتية) انتهى.

ومنه يعلم أن سكوت المعلقين على قول المصنف ظاهر {عدم ضمانه، وكون جميع تركته للورثة} غير وجيه، وإن قال: {وإن كان لا يخلو عن إشكال، بمقتضى بعض الوجوه الآتية} وبناء السيرة على الضمان أيضاً في المقام وسائر أمثاله.

{وأما إذا علم ببقائه في يده إلى ما بعد الموت}:

{١: ولم يعلم أنه موجود في تركته الموجودة} في أيدي الورثة مثلاً {أو لا، بأن} احتمل أنه حين موته {كان مدفوناً في مكان غير معلوم، أو عند شخص آخر أمانة، أو نحو ذلك} بأن وضعه في مكان ما من أملاكه الكثيرة، والنتيجة أنه كان تحت يد الميت، وإن لم يكن في ضمن تركته.

٢: أو علم بعدم وجوده في تركته مع العلم ببقائه في يده، بحيث لو كان حياً أمكنه الإيصال إلى المالك.
٣: أو شك في بقائه في يده وعدمه أيضاً.

ففي ضمانه في هذه الصور الثلاث وعدمه خلاف وإشكال على اختلاف مراتبه، وكلمات العلماء في المقام وأمثاله كالرهن والوديعة ونحوهما مختلفة، والأقوى الضمان في

{٢: أو علم بعدم وجوده في تركته مع العلم ببقائه في يده} بخلاف الصورة الأولى حيث لا يعلم بأنه موجود في التركة أم لا، فإنه إن علم ببقائه في يده يكون على صورتين، لأنه إما لا يعلم بوجوده في التركة، وإما يعلم بعدم وجوده في التركة، {بحيث لو كان حياً أمكنه الإيصال إلى المالك}.

{٣: أو شك في بقائه في يده وعدمه أيضاً} عطف على إذا علم ببقائه في يده، وهي الصورة الثالثة.

{ففي ضمانه في هذه الصور الثلاث} مطلقاً {وعدمه} مطلقاً، والتفصيل كما يأتي، {خلاف وإشكال}، لكن الإشكال ليس في كل الصور على حد سواء من القوة، بل {على اختلاف مراتبه} فإن مرتبة الإشكال في بعض الصور قوية، وفي بعض الصور ضعيفة.

{وكلمات العلماء في المقام وأمثاله كالرهن والوديعة ونحوهما} كالإجارة والعارية {مختلفة} كما لا يخفى على من راجع الشرائع والقواعد وشروحهما في الكتب المذكورة.

{والأقوى الضمان في} كل الصور الثلاث.

الصورتين الأوليين، لعموم قوله (عليه السلام): «على اليد ما أخذت حتى تؤدي» حيث إن الأظهر شموله للأمانات أيضاً

أما في {الصورتين الأوليين} على ببقائه في يده و لم يعلم أنه موجود في تركته، أو علم بعدم وجوده في تركته، فـــ {لعموم قوله (عليه السلام)} المروي في مستدرك الوسائل، باب الغصب، رواه عن أبي الفتوح والغوالي، المجمع على العمل به في مختلف الأبواب حتى أنه الأصل والخارج يحتاج إلى الدليل: {«على اليد ما أخذت حتى تؤديه»}[1]، حيث إن المراد باليد الاستيلاء، وإن لم يكن أخذاً باليد، على ما هو المتفاهم عرفاً من أن المراد باليد المثال لا الجارحة. وبالأداء الإرجاع إلى استيلاء المالك ولو كان بصرفه فيما أمر المالك، كما لو قال: أعطه للفقير أو ألقه في البحر في مثل السفينة المشرفة على الغرق، إلى غير ذلك من الأمثلة.

{حيث إن الأظهر شموله للأمانات أيضاً} مالكيةً كانت أو شرعية، كشموله لليد العدوانية، لأن الشمول هو مقتضى الإطلاق، فاحتمال عدم الشمول لعدم الإطلاق، أو للانصراف بعد تسليم الإطلاق، غير ظاهر الوجه، إذ لا وجه لاحتمال عدم الإطلاق، أما احتمال الانصراف فسيأتي وجهه مع جوابه.

بل يشمله أيضاً قوله (عليه السلام): «لا يتوى حق امرئ مسلم» فإنه كان حقاً له يحتاج خروجه عن حقه إلى دليل.

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤.

ودعوى خروجها لأن المفروض عدم الضمان فيها مدفوعة، بأن غاية ما يكون خروج بعض الصور منها، كما إذا تلفت بلا تفريط، أو ادعى تلفها كذلك إذا حلف

وكذلك قول علي (عليه السلام) كما في غصب المستدرك، عن الدعائم: «لا يجوز أخذ مال المسلم بغير طيب نفس منه»[1].

ومثله ما في الكتاب المذكور، عن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): «المسلم أخو المسلم، لا يحل ماله إلا عن طيب نفس منه»[2].

إلى غير ذلك من أمثال هذه الروايات الشاملة لكل أقسام أخذ أموال الناس إلا ما خرج.

{ودعوى خروجها لأن المفروض عدم الضمان فيها مدفوعة، بأن غاية ما يكون} من الخروج {خروج بعض الصور منها، كما إذا تلفت بلا} تعدّ أو {تفريط} حيث إن الشارع حكم بعدم الضمان حينئذ {أو ادعى تلفها كذلك} ولم يكن للمالك بينة على خلافه {إذا حلف} الأمين، لأن الشارع جعل عليه اليمين فقط، والفرق بينهما أن الأول مقام الثبوت، والثاني مقام الإثبات.

وقول المستمسك في رد ادعاء المصنف (إطلاق على اليد): بأنه (لا بد أن يكون المراد باليد في الرواية اليد المبنية على الرد، فلا يشمل اليد المبنية على الإبقاء وترك الأداء فلا يشمل يد الأمين المفروضة في المقام، ويتعين الرجوع إلى أصالة

(١) المستدرك: ج٣ ص١٤٦.

(٢) المستدرك: ج٣ ص١٤٦.

البراءة، ولو كان خروج الأمانات من باب التخصيص لزم تخصيص الأكثر، فإن المتعارف في اليد هو يد الأمين كالمرتهن والمستعير والمستودع والأجير على العمل في العين والمستأجر للعين لاستيفاء منافعهما، والملتقط والوصي والولي والشريك وعامل المضاربة والعامل في الزراعة والمساقاة والجعالة، إلى غير ذلك) انتهى.

غير ظاهر الوجه، إذ كل من ذكره لا بد لهم من الرد إلا إذا تلف من غير تفريط، فمن أين يلزم تخصيص الأكثر، وقد جعل الفقهاء في مختلف كلماتهم الرواية أصلاً حتى إذا أرادوا الإخراج منها ذكروا للاستثناء دليلاً، وهذا دليل فهمهم الإطلاق، فالأمانات ليست خارجة، بل كلها داخلة، وإنما الخارج ما تلف بدون تعدّ، كما يستفاد من «ليس على الأمين إلا اليمين».

ومنه يعلم وجه النظر في تعليقات السادة ابن العم والجمال والبروجردي:

قال الأول: (الأقوى عدم الضمان في الصورة الثانية ووجوب التخلص في الصورة الأولى).

وقال الثاني: (الظاهر خروج الأمانات تخصيصاً أو تخصصاً عن عمومه).

وقال الثالث: (الأقوى عدم الضمان في الصورة الثانية).

وأما الصورة الأولى: فالظاهر فيها عدم جواز تصرف الورثة فيما بأيديهم حتى يتخلصوا منه لضمان الميت وتعلقه بالتركة حتى يكون أسوة الغرماء كما أفاد، بل لازم العلم الإجمالي بكون ما كان في يده إلى موته مال الغير أسقط اعتبارها في جميع أطرافه بالنسبة إلى القدر المعلوم، فعلى هذا يكون المضارب مقدماً على الغرماء لا أسوة لهم، انتهى.

وذهب جمع آخر من المعلقين إلى عدم الضمان في الصورتين، لأنه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية، بعد الاعتراف من المصنف بخروج بعض الصور مع احتمال كون محل النزاع منه.

إذ يرد على الأول: بأن العلم ببقائه في يده إلى ما بعد الموت ــ أي الصورة الأولى من الصور الثلاث ــ يكفي في شمول «على اليد» له.

واستظهار السيد الجمال اختصاص الضمان بما إذا كان مفرطاً في ترك الوصية به، وإلا فالأقوى عدمه، انتهى.

فيه: إنه إذا لم يفرط في ترك الوصية، فما الذي يخرج المقام عن دليل اليد.

وعلى الثاني: إنه لا وجه لخروج الأمانات، لما عرفت في جواب المستمسك، فإن الإطلاق شامل لها، وإنما الخارج صورة ما علم عدم التفريط والتعدي.

وعلى الثالث: إنه لم يعلم وجه قوة عدم الضمان في الصورة الثانية مع شمول «على اليد» له.

وأما جعله (رحمه الله) الصورة الأولى من باب العلم الإجمالي، ففيه: إنه أن تم ما ذكره في الصورة الثانية لم ينفع العلم الإجمالي بعد أن كان أحد طرفي العلم الإجمالي خارجاً عن محل ابتلاء الورثة مما يوجب إجراء البراءة بالنسبة إلى الطرف الذي هو محل الابتلاء.

أما ما ذهب إليه جمع من المعلقين من كون الصورتين من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية، ففيه: إن المقام ليس من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية، بل من قبيل التمسك بالعام فيما لم يعلم هل أنه خرج عن العام بالمخصص أم لا،

فالأول: مثل أن يقول المولى: كل خمر حرام، فإذا لم يعلم أن هذا المائع خمر جاز تناوله، لأنه لا يمكن التمسك بكل خمر حرام لإثبات فردية هذا المشكوك لكلي الخمر.

والثاني: كما إذا قال المولي: أكرم كل عالم، وعلمنا بأن الفاسق لا يكرم، وكان زيد عالماً عادلاً، وشككنا في فسقه، فإن التمسك لإكرامه بأكرم كل عالم، ليس من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية، والمقام كذلك، فقد كان الواجب على العامل ردّ مال المالك، ولم يعلم هل أنه تلف بدون تعد أو تفريط حتى يخرج عن عموم «على اليد» أم لا، فاللازم التمسك بالعام حتى يثبت المخرِج، والمفروض أنه ليس بثابت.

والحاصل: إن التمسك بالعام في الفرد الذي لم يعلم خروجه منه، ليس من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية، وإنما التمسك بالعام في الفرد الذي لم يعلم دخوله في العام هو من التمسك بالعام في الشهبة المصداقية.

{وأما صورة التفريط} في الأمانة حتى تلفت {والإتلاف} الذي يسمي بالتعدي، {ودعوى الرد في غير الوديعة} حيث إن المشهور بينهم أن دعواه لا تقبل إلا بالبينة.

نعم المشهور أن دعوى الرد في الوديعة مقبولة باليمين، كما تقبل دعوى التلف، ولا يخفى أن دليل «ليس على الأمين إلا اليمين» قبول الدعوى في كل

ودعوى التلف والنكول عن الحلف فهي باقية تحت العموم، ودعوى أن الضمان في صورة التفريط والتعدي من جهة الخروج عن كونها أمانة

أقسام الأمانة، ولا خصوصية للوديعة، وتفصيل الكلام في ذلك في محله.

{ودعوى التلف والنكول عن الحلف} لأن الشارع جعل اليمين على الأمين فإذا لم يحلف لم يكن مخرج عن قاعدة «البينة على المدعي» ومن الواضح أن مدعي التلف داخل في كلي المدعي.

ومنه يعلم وجه النظر في قول المستمسك: (ثبوت الضمان في هذه الصورة كأنه لأجل تحقق الخيانة، ولكنه غير ظاهر لجواز أن يكون للتورع عن اليمين، كما يجوز أن يكون اشتباهاً منه في دعوى التلف فلم تجوز الخيانة) انتهى.

إذ ليس ذلك لأجل الخيانة بل لما ذكرناه.

{فهي باقية تحت العموم} عموم «على اليد»، ولا يتوقف بقاؤها تحت العموم على تحقق الخيانة، كما قاله المستمسك، فتحصل أن «على اليد» شامل لليد الأمانية.

إن قلت: لا ضمان في يد الأمانة.

قلت: بل ضمان إلا إذا تلف بدون التعدي والتفريط.

إن قلت: لا نسلم الضمان في يد الأمانة من باب «على اليد»، بل من باب الخروج الموضوعي، أي عدم الضمان في يد الأمانة وهذه يد خيانة حيث التعدي والتفريط، أو لدليل خارجي.

أو من جهة الدليل الخارجي، كما ترى لا داعي إليها، ويمكن أن يتمسك بعموم ما دل على وجوب رد الأمانة

قلت: ليس الضمان من جهة الخيانة، بل الضمان من جهة «على اليد» المؤيد بعموم دليل رد الأمانة.

وقد أشار إليه المصنف المضيف إلى الاستدلال بــ «على اليد» بقوله: (لعموم قوله (عليه السلام): «على اليد»[1]).

وإلى (إن قلت) بقوله: (ودعوى خروجها).

وإلى (قلت) بقوله: (مدفوعة).

وإلى (إن قلت) الثاني وجوابه، بقوله: (ودعوى أن الضمان في صورة التفريط والتعدي من جهة الخروج عن كونها أمانة) فإن التعدي والتفريط نوع من الخيانة، لأن المالك ائتمن الأمين بإبقاء العين في صورة الحفظ، فإذا لم يحفظها لتعد أو لتفريط لم يكن أميناً من قبل المالك، فيكون داخلا في عموم «على اليد».

{أو من جهة الدليل الخارجي} الذي يدل على الضمان، وإن لم تكن خيانة، والحاصل أنه لا ضمان في يد الأمانة، فقولكم (مدفوعة) غير تام، ويبقى الإشكال الذي ذكرناه بقولنا: (ودعوى خروجها) على حاله.

وقد أجاب المصنف عن إشكال (ودعوى أن الضمان) بقوله: {كما ترى لا داعي إليها} فليس الضمان من جهة الخيانة، أو دليل خارجي، بل الضمان من جهة إطلاق «على اليد» وأي مانع في إطلاق «على اليد» حتى لا نتمسك به.

{ويمكن أن يتمسك} للضمان في الصورتين السابقتين، بالإضافة إلى «على اليد» {بعموم ما دل على وجوب رد الأمانة} قال سبحانه: ﴿**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أن تُؤَدُّوا**

(١) المستدرك: ج٣ ص٥٠٤.

بدعوى أن الرد أعم من رد العين ورد البدل، واختصاصه بالأول ممنوع، أ لا ترى أنه يفهم من قوله (عليه السلام): «المغصوب مردود»

الْأَماناتِ إِلى أَهْلِها﴾[1]، وإشكال المستمسك على هذا التمسك بقوله: (لكن الوجوب المذكور تكليفي محض لا يقتضي ضماناً، ولا اشتغال ذمة بالعين ليتعلق ذلك الحق بالتركة) إلى آخره، غير ظاهر الوجه، بعد ظهور الوجوب التكليفي في الماليات على استتباعه للحكم الوضعي، ولذا فهم الفقهاء من آية الخمس والزكاة ونحوهما الوضع.

{و} إن قلت: ظاهر الآية رد العين، وقد فرض أن العين ليست في التركة، أو لا يعلم وجود العين في التركة، كما تقدم في الصورتين.

قلت: الإشكال غير وارد {بدعوى أن الرد أعم من رد العين ورد البدل، واختصاصه بالأول ممنوع} وحيث قد عرفت أن هذا الجواب جواب عن الإيراد الذي ذكرناه بقولنا: (وإن قلت ظاهر الآية)، فلا مورد لإشكال جملة من المعلقين على الماتن، منهم السيدان الحكيم والجمال، بأن الضمان لو ثبت كان أعم من العين والبدل، وأما مع عدم ثبوته، كما هو مفروض المقام، فلا مجال لهذه الدعوى وإثبات الضمان بها، لأنه من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية.

{ألا ترى أنه يفهم من قوله (عليه السلام): «المغصوب مردود»} كما ذكره الوسائل،

(١) سورة النساء: الآية ٥٨.

وجوب عوضه عند تلفه، هذا مضافاً إلى خبر السكوني، عن علي (عليه السلام) أنه كان يقول: من يموت وعنده مال مضاربة، قال: «إن سماه بعينه قبل موته فقال هذا لفلان، فهو له، وإن مات ولم يذكر فهو أسوة الغرماء»

في كتاب الغصب، {وجوب عوضه عند تلفه} أو الحيلولة بينه وبين المغصوب منه، فإن المثل أو القيمة ردّ عرفاً عند تعذر الرد للعين لتلف أو وقوع في البحر أو ما أشبه، ومنع الفهم من ذلك، بل هو من جهة ضمان المغصوب لا من جهة وجوب رده ــ كما في المستمسك ــ خلاف ما يفهمه العرف، بل الضمان لم يفهم إلا من أمثال تلك العبارة.

{هذا} وجه الاستدلال لضمان الصورتين بدليل «على اليد»[1] وبآيه رد الأمانة {مضافاً إلى خبر السكوني} الذي رواه الشيخ، عن جعفر (عليه السلام)، عن آبائه (عليهم السلام)، {عن علي (عليه السلام) أنه كان يقول: من يموت وعنده مال مضاربة، قال: «إن سماه بعينه قبل موته، فقال: هذا لفلان، فهو له»} أي لا يشركه الغرماء فيه ولا يضرب معهم {«وإن مات ولم يذكر فهو أسوة الغرماء»}[2]، والإشكال على سند الحديث بعدم ثبوت وثاقة النوفلي، مدفوع بأن ابن محبوب من أصحاب الإجماع، وعلى دلالته بانصراف الحديث إلى صورة وجود المال، مدفوع بأن الانصراف بدوي لو سلم، فالمناط العرفي يشمل محل الكلام.

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٩١ الباب ١٣ من أبواب المضاربة ح١.

وأما الصورة الثالثة فالضمان فيها أيضاً لا يخلو عن قوة، لأن الأصل بقاء يده عليه إلى ما بعد الموت واشتغال ذمته

ومنه يعلم بأن إشكال بعض المعلقين على الحديث بأنه (مخصص بما دل على اختصاص ضمان العامل بصورة التفريط أو التعدي، فمع الشك في التفريط أو التعدي لا وجه للتمسك به) انتهى.

محل نظر، فمن أين هذا التخصيص، فقد عرفت سابقاً أن دليل اليد والآية شاملان لكل أنواع اليد إلا ما خرج، والمفروض في المقام عدم الدليل على الخروج.

{وأما الصورة الثالثة} وهي ما لو شك في بقائه في يده وعدمه {فالضمان فيها أيضاً لا يخلو عن قوة} وذلك لعموم «على اليد» من غير حاجة إلى استصحاب بقاء يده عليه إلى حال الموت، إذ المخرج له عن الضمان صورة تلفه بلا تفريط، فإذا لم يعلم بالمخرج كان اللازم التمسك بالعام، وقد تقدم أنه ليس من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية.

ومنه يعلم أن تعليل المصنف للحكم المذكور بقوله: {لأن الأصل بقاء يده عليه إلى ما بعد الموت} لا يخلو من إشكال، كما أشار إليه المستمسك، ولعل المصنف أراد بالاستصحاب تحقيق موضوع خبر السكوني، حيث قال: «من يموت وعنده مال المضاربة»، فإذا شك في بقائه في يده حال الموت ثبت ذلك بالاستصحاب.

{و} يدل على الحكم بالإضافة إلى «على اليد» والخبر {اشتغال ذمته

بالرد عند المطالبة، وإذا لم يمكنه ذلك لموته يؤخذ من تركته بقيمته، ودعوى أن الأصل المذكور معارض بأصالة براءة ذمته من العوض، والمرجع بعد التعارض اليد المقتضية لملكيته، مدفوعة بأن الأصل الأول حاكم على الثاني، هذا

بالرد عند المطالبة} لوجوب رد الأمانة، كما سبق الاستدلال بالآية المباركة لذلك.

ومما تقدم يظهر وجه النظر في تعليقات السادة ابن العم والبروجردي والجمال وغيرهم من الإشكال في الضمان أو الفتوى بعدم الضمان.

{وإذا لم يمكنه ذلك} أي الرد عند المطالبة {لموته يؤخذ من تركته بقيمته}، ومن الكلام في الموت يظهر الكلام في كل ما لم يمكن الوصول إليه، لجنون وإغماء وفقدان بالضياع، وسجن لا يمكن الوصول إليه، إذ الدليل في الكل واحد.

{ودعوى أن الأصل المذكور} أصل بقاء اشتغال ذمته بالرد عند المطالبة {معارض بأصالة براءة ذمته من العوض} فيتساقطان، {والمرجع بعد التعارض قاعدة اليد} في العامل، لأن الأصل أن ما في يد الإنسان ملكه إلا إذا أثبت المدعي خلافه بالبينة، {المقتضية لملكيته} فلا وجه لضمانه للمالك.

{مدفوعة بأن الأصل الأول} أصل الاشتغال {حاكم على الثاني} البراءة، فإن الأول أصل موضوعي، والثاني أصل حكمي، وما دام الأصل جار في الموضوع لا مجال لجريانه في الحكم، وإشكال المستمسك بأن الأصل الموضوعي لا مجال له قد تقدم جوابه.

{هذا} الذي ذكرناه في رد من ادعى أن قاعدة يد العامل تقتضي ملكيته،

مع أنه يمكن الخدشة في قاعدة اليد بأنها مقتضية للملكية إذا كانت مختصة، وفي المقام كانت مشتركة، والأصل بقاؤها على الاشتراك

حيث سلمنا قاعدة اليد، وإنما كان ردنا بأن الأصل الأول حاكم على الثاني.

{مع أنه يمكن الخدشة في قاعدة اليد} فليست قاعدة اليد مرجعاً بعد التعارض {بأنها مقتضية للملكية} ملكية ذي اليد {إذا كانت مختصة} بأن لم يعلم أن تحت يد العامل مال غيره.

{وفي المقام كانت مشتركة} لأن تحت يد العامل مال نفسه ومال غيره {والأصل بقاؤها} أي اليد {على الاشتراك} فلا يصح التمسك بها لإثبات الملكية لذي اليد.

والحاصل: إنا ذكرنا أن الأصل بقاء مال المالك تحت يد العامل، فله مطالبته بعد موت العامل، والمستشكل يقول: الأصل أن كل ما تحت يد العامل مال نفسه، وهذا الأصل مخدوش، لأن أصل كل ما تحت يده لنفسه إنما يجري في اليد المختصة لا اليد المشتركة، والمفروض أن يد العامل كانت مشتركة فيستصحب بقاء اشتراكها، ومع إثبات الاشتراك بالاستصحاب لا مجال لأصالة كل ما تحت يد إنسان لنفسه.

وبهذا تبين أن قول المستمسك: (الملكية ليست موضوعاً للكلام، بل موضوعه الضمان واللاضمان، سواء كانت ملكية أم لم تكن، فقاعدة اليد المقتضية للملكية لا توافق أحد الأصلين ولا تخالفه، فالرجوع إليها بعد المعارضة غير ظاهر)، إلى آخر كلامه.

غير ظاهر الإيراد على المصنف، كما أن قول بعض الحواشي: اليد أمارة

بل في بعض الصور يمكن أن يقال: إن يده يد المالك من حيث كونه عاملاً له، كما إذا لم يكن له شيء أصلاً فأخذ رأس المال وسافر للتجارة و لم يكن في يده سوى مال المضاربة، فإذا مات يكون ما في يده بمترلة ما في يد المالك

الملك بالنسبة إلى التركة الموجودة ما لم يعلم باشتمالها على ملك الغير، ولا علم في المقام، محل منع، إذ لا نحتاج إلى العلم الوجداني، بل العلم التتريلي باستصحاب بقاء ملك المالك تحت يد العامل كاف في الحكم بعدم دلالة يد العامل على ملكيته لكل التركة.

والحاصل: إن اليد إذا لم تكن معلومة الاشتراك كانت حاكمة على أن كل ما تحتها لذي اليد، أما إذا كانت معلومة الاشتراك، علماً وجدانياً أو بأمارة ونحوها كالاستصحاب، لم تحكم اليد بملكية كل ما تحتها لذي اليد، فالاشتراك السابق الموجب للضمان باق إلى الآن.

وبذلك يظهر وجه النظر في كلام المستمسك، فراجع شرحه على قول الماتن (إذا كانت مختصة).

{بل في بعض الصور يمكن أن يقال:} لا تجرى قاعدة (يد العامل دليل على ملكه للتركة)، فلا شيء للمالك فيها لـــ {أن يده يد المالك من حيث كونه عاملاً له} وتحت يده مال المالك فقط.

{كما إذا لم يكن له شيء أصلاً فأخذ رأس المال و} اتجر به أو {سافر للتجارة و لم يكن في يده سوى مال المضاربة} حيث يكثر أن يكون المال من شخص والعمل من شخص آخر {فإذا مات} العامل {يكون ما في يده بمترلة ما في يد المالك} فلا تجرى قاعدة ما في يد إنسان هو لذي اليد حتى يثبت

وإن احتمل أن يكون قد تلف جميع ما عنده من ذلك المال، وأنه استفاد لنفسه ما هو الموجود في يده.

وفي بعض الصور يده مشتركة بينه وبين المالك، كما إذا سافر وعنده من مال المضاربة مقدار، ومن ماله أيضاً مقدار

خلافه، بل القاعدة هنا أن ما في يد إنسان (العامل) هو لغيره حتى يثبت أنه لنفسه.

{وإن احتمل أن يكون قد تلف جميع ما عنده من ذلك المال} فلا مال للمالك عنده {وأنه استفاد لنفسه ما هو الموجود في يده} فإن هذا الاحتمال لا يرفع قاعدة ما في يده لغيره بمقتضى الاستصحاب.

وقول المستمسك: (إن ذلك خلاف عموم حجية دليل اليد وخلاف المرتكزات العقلائية) غير ظاهر الوجه، كيف والاستصحاب لا يدع مجالاً لعموم دليل اليد، وكونه مرتكز العقلاء أول الكلام، بل الظاهر لدى العقلاء أنه لو كان بدون مال وإنما له العمل أنه باق على حاله ذلك إلا أن يثبت خلافه، ولذا إذا اشترى داراً أو نحوها قالوا إنه سرق من مال المالك ونحو ذلك مما لا يخفى على من راجع العرف، ولا فرق في ذلك بين أن يوجد في التركة عين مال المالك مما يحتمل أنه انتقلت إليه أو غيرها، فقول المستمسك: (وأظهر منه ما لو علم بتبدل العين التي كانت للمالك بعين أخرى، كما إذا كانت بيده دراهم فمات، فوجد بيده دنانير، فإنه لا مجال للحكم بأنها ملك المالك) انتهى، محل منع.

{وفي بعض الصور يده مشتركة بينه وبين المالك، كما إذا سافر} أو لم يسافر {وعنده من مال المضاربة مقدار، ومن ماله أيضاً مقدار} ثم مات واحتمل أن مال

نعم في بعض الصور لا يعد يده مشتركة أيضاً، فالتمسك باليد بقول مطلق مشكل.

ثم إن جميع ما ذكر إنما هو إذا لم يكن بترك التعيين عند ظهور أمارات الموت مفرطاً، وإلا فلا إشكال في ضمانه.

المضاربة تلف، وأنه استفاد لنفسه بمقدار مال المضاربة، أو أن هذا الباقي كل ماله، فإن الاستصحاب ومرتكز العقلاء خلاف ذلك.

{نعم في بعض الصور لا يعد يده مشتركة أيضاً} كما إذا علمنا أنه يصفي كل مال المضاربة كل سنة مرة مثلاً، ويأخذ المال من جديد، ولم نعلم هذا الآن بعد التصفية أو قبلها، وكذلك إذا علمنا أنهما عقدا عقد المضاربة ولم نعلم هل سلم المالك المال إلى العامل أم لا، ومات العامل وادعى المالك أنه سلمه، وأن بعض هذه الدنانير في تركة العامل له.

{فالتمسك باليد} لكون المال للعامل لا للمالك {بقول مطلق مشكل} لما عرفت من اختلاف الصور.

{ثم إن جميع ما ذكر} من احتمال عدم ضمان العامل في بعض صور المسألة {إنما هو إذا لم يكن} العامل {بترك التعيين عند ظهور أمارات الموت مفرطاً} إذ اللازم الوصية بمال الناس في صورة ضياعه عند عدم الوصية {وإلا فلا إشكال في ضمانه} للخيانة، ولو شك في الإفراط فالأصل عدمه حملاً لفعل المسلم على الصحة، وليس الأمر خاصاً بالموت، بل اللازم ذلك عند ظهور أمارات عدم القدرة لسجن دائم أو جنون أو ما أشبه، وقد تقدم أن الموت في كلماتهم من باب المثال.

الثانية: ذكروا من شروط المضاربة التنجيز، وأنه لو علقها على أمر متوقع بطلت، وكذا لو علقها على أمر حاصل إذا لم يعلم بحصوله، نعم لو علق التصرف على أمر صح

{الثانية: ذكروا من شروط المضاربة التنجيز} فإنه وإن لم يذكر هذا الشرط جملة منهم في بعض الكتب، لكنهم ذكروه في بعض الكتب الأخر في العقود والإيقاعات، مما يدل على اشتراطهم جميعاً ذلك في كل تلك الأبواب:

فعن شرح الإرشاد للفخر أن تعليق الوكالة على الشرط لا يصح عند الإمامية، وكذا سائر العقود جائزةً كانت أو لازمة.

وعن المسالك في مبحث اشتراطه التنجيز في الوقف، قال: واشتراط تنجيزه مطلقاً موضع وفاق كالبيع وغيره من العقود، وليس عليه دليل بخصوصه.

إلى غير ذلك، وقد ذكر الشيخ في المكاسب تفصيل الكلام في ذلك، فلا حاجة إلى تكراره.

{وأنه لو علقها على أمر متوقع} كطلوع الشمس، أو قدوم زيد {بطلت، وكذا إذا علقها على أمر حاصل إذا لم يعلم بحصوله}، كما إذا قال: إن كان هذا اليوم جمعة، حيث يعلم بأنه يوم الجمعة، أما إذا لم يعلم بأنه يوم جمعة بطلت أيضاً، وقد صرح بذلك المسالك، وألمع إليه جامع المقاصد وغيره.

{نعم لو علق التصرف على أمر صح} إذ ليس ذلك تعليقاً في المضاربة، كما إذا قال: ضاربتك على كذا، لكن تصرفك في المال من يوم الجمعة، أو حين قدوم القافلة، وذلك لعموم الصحة بعد عدم الدليل على البطلان، بل عن التذكرة نفي الخلاف في الصحة.

وإن كان متوقع الحصول، ولا دليل لهم على ذلك إلا دعوى الإجماع على أن أثر العقد لا بد أن يكون حاصلاً من حين صدوره

{وإن كان} ذلك الأمر {متوقع الحصول} غير مقطوع به كقدوم زيد {ولا دليل لهم على ذلك} اشتراط التنجيز {إلا دعوى الإجماع} الذي قد عرفته {على أن أثر العقد لابد أن يكون حاصلاً من حين صدروه}.

وإلا أنه خلاف الكيفية المتلقاة من الشارع في العقود والإيقاعات.

وإلا أنه لو صح لصح في النكاح والإطلاق مع ضرورة عدم صحته فيهما، وإذا انتفى اللازم انتفى الملزوم.

وإلا ما في تعليق السيد البروجردي من قوله: لعل دليلهم هو منافاة التعليق لتحقق المعاقدة بينهما بحسب اعتبار العقلاء.

وإلا أصالة عدم الصحة بعد أن أصل الصحة الذي أطبقوا عليه في العقود لا يشمل المقام لإطباقهم على عدم الصحة.

وإلا ما ذكره الشهيد في القواعد بأن الانتقال بحكم الرضا، ولا رضا إلا مع الجزم، والجزم ينافي التعليق.

وإلا ما عن الخلاف والمبسوط والتذكرة من أنه لا دليل على الجواز والصحة إذا لم تكن منجزة.

وإلا أن الإنشاء لا يعقل أن يتقدم على المنشأ، فالإنشاء غير قابل للتعليق.

وإلا أن العقود والإيقاعات الشرعية منصرفة إلى المتعارف، وهو التنجيز لا التعليق.

وفي الكل ما لا يخفى:

لأن الإجماع إن تم موضوعاً مشكل حكماً، لأنه محتمل الاستناد.

والكيفية المتلقاة من الشارع لا تقيد بعد ظهورها في أنها أحدى الصور، ووجود الإطلاق المحكم في أمثال ذلك.

والضرورة في النكاح والطلاق فارقة، فكيف يقاس بهما ما لا ضرورة فيه.

ولا منافاة بين التعليق والمعاقدة عند العقلاء، بل الظاهر أنهم لا يفرقون بين المعلق وغير المعلق، كما يشهد بذلك الرجوع إليهم.

وبعد ذلك لا يبقى مجال

وهو إن صح إنما يتم في التعليق على المتوقع، حيث إن الأثر متأخر، وأما التعليق على ما هو حاصل فلا يستلزم التأخير

لأصالة عدم الصحة.

وجواب القواعد أنه لماذا لا يكون الرضا إلاّ مع الجزم.

كما أن جواب الشيخ والعلامة أن الدليل إطلاق الأدلة بعد كون العقلاء لا يفرقون بين المعلق والمنجز.

أما مسألة تقديم الإنشاء على المنشأ، ففيه: إن الإنشاء خفيف المؤنة، ومتعلق العقد أو الإيقاع قد ينشأ حالاً، وقد يجعله إنشاءً في المستقبل، ولذا قال المستمسك: (إن التعليق في العقود والإيقاعات ثابت في الشريعة مثل الوصية التمليكية والعهدية والتدبير والنذر والعهد واليمين إجماعاً، بل ضرورةً عند أهل العلم، مع أنه راجع إلى تعليق المنشأ لا تعليق نفس الإنشاء، فقول القائل: بعتك إذا جاء رأس الشهر، يراد به تعليق البيع على مجيء رأس الشهر، لا تعليق إنشاء البيع عليه) انتهى.

والانصراف إلى المتعارف غير وجيه، إذ لا وجه للانصراف بحيث ينصرف وجه اللفظ بما لا يعد المعلق فرداً.

وإن شئت قلت: الانصراف لو سلّم فهو بدوي، ولذا قال المصنف: {وهو إن صح إنما يتم في التعليق على المتوقع، حيث إن الأثر متأخر، وأما التعليق على ما هو حاصل} فيما إذا يعلم بحصوله {فلا يستلزم التأخير} فلماذا ذكروا بطلانه أيضاً، كما تقدم نقله عن المسالك وغيره.

بل في المتوقع أيضاً إذا أخذ على نحو الكشف، بأن يكون المعلق عليه وجوده الاستقبالي لا يكون الأثر متأخراً، نعم لو قام الإجماع على اعتبار العلم بتحقق الأثر حين العقد تم في صورة الجهل لكنه غير معلوم

{بل في المتوقع أيضاً إذا كان بنحو الكشف} على نهو الشرط المتأخر {بأن يكون المعلق عليه وجوده الاستقبالي} فالإنشاء والمنشأ في الحال، وإنما يكون الشرط متأخراً زماناً.

ومنه يعرف وجه النظر في إشكال السيد الجمال على قول المصنف (وجوده الاستقبالي) بأن هذا من فروع ما تخيله من الواجب المعلق، ولا يرجع إلى محصل، انتهى.

إذ فيه أنه لا إشكال فيه عقلاً أو شرعاً، فيشمله إطلاق الأدلة فـــ {لا يكون الأثر متأخراً}، نعم يرد عليه ما ذكره المستمسك بأنه خارج عن محل كلامهم في مانعية التعليق على المتأخر.

وكيف كان، فما ذكره الماتن صحيح في نفسه.

{نعم لو قام الإجماع على اعتبار العلم} علم العاقد {بتحقق الأثر حين العقد تم} شرط التنجيز {في صورة الجهل} أي صورة التعليق على الشرط المقارن، {لكنه} أي الإجماع {غير معلوم} فإنه وإن ادعي الإجماع على شرط التنجيز لكنك قد عرفت الإشكال فيه بأنه محتمل الاستناد إن تم صغراه، ولذا كان المحكي عن الحدائق الرجوع إلى أصالة عدم الشرطية، وعن الكفاية نسبة الحكم إلى المشهور.

ثم على فرض البطلان لا مانع من جواز التصرف ونفوذه من جهة الإذن، لكن يستحق حينئذ أجرة المثل لعمله إلا أن يكون الإذن مقيداً بالصحة، فلا يجوز التصرف أيضاً.

{ثم على فرض البطلان لا مانع من جواز التصرف} تصرف العامل الذي ضارب المالك معه بنحو التعليق {ونفوذه من جهة الإذن} لأن المالك له عقد وله إذن، وليس الأول مقيداً للثاني، فإذا بطل العقد بقي الإذن الموجب لصحة تصرف المال، ولذا احتمل في القواعد أن مع فساد الوكالة لتعليقها على الشرط بقاء الإذن المسوغ للتصرف، وجعله التذكرة أقرب، والعلة في الوكالة آتية في المقام أيضاً.

نعم إن احتمل أن الإذن كان مقيداً لم يجز التصرف، لأنه لا يجوز التصرف في مال الناس إلا برضاهم.

{لكن} العامل {يستحق حينئذ أجرة المثل لعمله} لأن الحصة المسماة قد ذهبت ببطلان العقد، فإذا استوفى المالك عمل العامل بالبدل حسب قصدهما، كان له أجرة المثل عليه، ويأتي في المقام احتمال أقل الأمرين من الأجرة والحصة على ما تقدم في بعض المسائل السابقة.

{إلاّ أن يكون الإذن مقيداً بالصحة} فحيث لا صحة لا إذن، فلا يصح التصرف، وإذا ذهب كان له نماء عمله فقط على ما اخترناه من أن النماء تابع للمال والعمل معاً.

{فلا يجوز التصرف أيضاً} أي كما لا صحة للعقد، وإذا شك في أنه بعد

الثالثة: قد مر اشتراط عدم الحجر بالفلس في المالك وأما العامل فلا يشترط فيه ذلك لعدم منافاته لحق الغرماء نعم بعد حصول الربح منع من

بطلان العقد هل بقي الإذن أم لا، كان المرجع عدم الإذن، لأنه أمر حادث لم يعلم وجوده بعد العقد، حاله حال ما إذا انتهى زمن العقد، كما لو كانت مدة المضاربة سنة وانتهت مثلا.

ومن ذلك يعرف وجه النظر في قول المستمسك: (ومع الشك يرجع إلى إطلاق العقد الموجب لإطلاق الإذن) انتهى.

ولو تصرف بزعم الإذن، فقال المالك لم يكن للإذن إطلاق بل كان مقيداً بالعقد، كان القول قوله لأنه لا يعرف إلا من قبله، وقد سبق في بعض المسائل السابقة تصديق قول من لا يعرف إلا من قبله، بل جعله الفقهاء قاعدة، وعليه فإذا لم يكن ربح لا شيء للعامل، وإذا كان ربح كان له بقدر عمله لا بقدر الأجرة ولا بقدر الحصة، لأن الحصة انتفت بانتفاء العقد، والأجرة لا مجال لها مع عدم وجود الإذن، والله سبحانه العالم.

{الثالثة: قد مر اشتراط عدم الحجر بالفلس في المالك} لوضوح أن المحجور لا يجوز له التصرف في ماله.

{وأما العامل فــ} إنه وإن مر اشتراط عدم حجره، لكن الظاهر أنه {لا يشترط فيه ذلك، لعدم منافاته لحق الغرماء} فإن حقهم في مال المفلس لا في جسده.

{نعم بعد حصول الربح} الذي قد تقدم أنه يملك الحصة بمجرد حصوله {منع من التصرف} في مجموع المال، لأنه مشترك بينه وبين المالك، وكما

التصرف إلا بالإذن من الغرماء بناءً على تعلق الحجر بالمال الجديد.

الرابعة: تبطل المضاربة بعروض الموت كما مر، أو الجنون أو الإغماء كما مر في سائر العقود الجائزة

يمنع المفلس من التصرف في ماله الخاص يمنع من التصرف في المال المشترك.

{إلاّ بالإذن من الغرماء بناءً على} ما هو الصحيح من {تعلق الحجر بالمال الجديد} لوحدة المناط في المال القديم والجديد، وإن أشكل عليه بعض، وتفصيل الكلام في ذلك في كتاب الحجر.

نعم لو أفرزت حصته جاز له التصرف في مال المضاربة بعد الإفراز، لأن المال للمالك لا له، فلا مانع من تصرفه، إذ ليس المال متعلق الحجر.

{الرابعة: تبطل المضاربة بعروض الموت} لأحدهما {كما مر، أو الجنون أو الإغماء كما مر في سائر العقود الجائزة} ولا دليل على ذلك إلا الشهرة المحققة عندهم، والوفاق الذي ادعاه المسالك في شرح قول الشرائع: (تبطل الوكالة بالموت والجنون والإغماء من كل واحد منهما) قال: (هذا موضع وفاق، ولأنه من أحكام العقود الجائزة) انتهى.

وعلله غير واحد، كما في التذكرة، بخروجه حينئذ عن التكليف وسقوط اعتبار تصرفه وعباراته في شيء.

وظاهرهم عدم الفرق بين كون الجنون مطبقاً أو أدوارياً، وكذا في الإغماء بين قصر مدته وطولها، فإن كان إجماعاً وإلاّ فيمكن أن يقال بعدم البطلان في الأدواري والإغماء القصير المدة، فغاية الأمر عدم نفوذ التصرف حال حصولهما

{وظاهرهم عدم الفرق بين كون الجنون مطبقاً أو أدوارياً} دوراً قصيراً أو طويلاً.

{وكذا في الإغماء بين قصر مدته وطولها} وإنما كان ظاهرهم ذلك لإطلاقهم البطلان {فإن كان إجماعاً} محققاً غير محتمل الاستناد فهو {وإلا} وهو الأظهر إذ لا قطع بصغرى الإجماع، وكبراه مشكلة لظهور استنادهم إلى ما تقدم من العلة.

{فيمكن أن يقال بعدم البطلان في الأدواري والإغماء القصير المدة} فيهما، والفارق بين قصر المدة وطولها فيهما عدم شمول الإطلاقات لطويل المدة، كما إذا جن سنة أو أغمي عليه كذلك، فإن العرف يرى أنهما كالنوم القصير مدته حسب المتعارف، بل النوم الطويل المدة كثلاثة أشهر أيضاً، غير مشمول للإطلاق، فحاله حال طويل المدة منهما.

وأما لو شك في أنه طويل أو قصير، كان المرجع العرف الذي يرى أن مثله مشمول للإطلاق، أو الإطلاق منصرف عنه.

{فغاية الأمر عدم نفوذ التصرف حال حصولهما} للمالك من العامل، أما العامل حال حصولهما له، فلا إشكال ولا خلاف في عدم نفوذ تصرفه.

وأما بعد الإفاقة فيجوز من دون حاجة إلى تجديد العقد، سواء كانا في المالك أو العامل

أما الأول: أي وجه (غاية الأمر) أن المالك حيث لا حق له في التصرف بنفسه، لا حق له في التصرف من العامل بإذنه المضاربي، إذ الوكيل كالأصيل.

وأما الثاني (أي العامل حال حصولهما له) فلأن المجنون والمغمى عليه لا ينفذ تصرفه، كعدم نفوذ تصرف النائم والسكران بالإجماع، إلا فيما استثني من تزويج السكرى نفسها، لكن ربما يستشكل في عدم نفوذ تصرف العامل حال جنون أو إغماء المالك، لعدم التلازم بين عدم صحة عمل المالك وعدم حصة عمل العامل، فكما أنه إذا نام الأصيل صح للوكيل العمل، ولا تلازم بين عدم صحة عمل الأصيل النائم وعدم صحة عمل وكيله، كذلك المقام.

وكيف كان، فمقتضى القاعدة عدم صحة تصرف المغمى عليه والمجنون أصيلاً وعميلاً.

وأما عدم صحة تصرف العميل حال جنون وإغماء المالك قصيراً، فلا دليل عليه، سواء حال حصولهما للأصيل أو بعده.

{وأما بعد الإفاقة فيجوز من دون حاجة إلى تجديد العقد، سواء كانا في المالك أو العامل} ولذا قال المستمسك: وإن كان في الموكّل فهو لا يقتضي بطلان الوكالة، وعدم صحة تصرف الوكيل في حاله فضلاً بعد الإفاقة، فالبطلان لا تقضيه القواعد العامة، ولذا حكي عن جامع الشرائع عدم البطلان بالجنون، وكذا في الإغماء ساعة، ولذا سكت عن المتن أعاظم المعلقين كالسادة ابن العم والجمال والبروجردي وغيرهم.

{وكذا تبطل بعروض السفه لأحدهما} وذلك لأن المضاربة إذن، والمالك إذا كان سفيهاً فكما لا يحق له التصرف بنفسه لا يحق له التصرف بوكيله، والعامل إذا سفه لا يحل له التصرف في الأموال، فإنه ممنوع من التصرف في مال نفسه فكيف لا يمنع من التصرف في مال غيره، وقد قال سبحانه: ﴿وَلا تُؤْتُوا السُّفَهاءَ أَمْوالَكُمُ﴾[1].

وفي المستمسك بعد نقله بطلان وكالة الوكيل بالحجر على الموكّل فيما يمنع الحجر من التصرف، عن الشرائع والقواعد وغيرهما، قال: ويظهر منهم التسالم عليه، ولولاه لأشكل ذلك بأن الحجر على الموكل لسفه إنما يمنع تصرف الموكّل لا تصرف الوكيل إذا كان توكيله في حال الرشد.

وفي بعض الحواشي: عدم المانع من سفه العامل، وإنما المانع في سفه المالك.

أقول: لا دليل على أن سفه العامل مانع، والإجماع غير مسلّم إن لم يكن مسلّم العدم، والآية يراد بها ماله لا مال غيره، وهل يمنع الإنسان أن يعطي ديناراً للسفيه ليشتري ويبيع الماء إذا ربح فهو، وإذا خسر كان ذلك بثواب أمواته حيث أعطى الماء للعطاشى بثمن أقل، فتأمل.

وأما المالك، فإذا كان له وكيل رشيد يدبر أمواله، وقد ضاربه في حال رشده، حيث لا يمنع من التصرف، فأي مانع من بقاء مضاربته، والمضاربة عقد كالإجارة ونحوها الاعتبار فيها بحال العقد، كما تقدم مثله في الفرع السابق.

وعليه فمقتضى القاعدة عدم البطلان فيهما، وإن كانت المسألة بعدُ بحاجة إلى التأمل.

(١) سورة النساء: الآية ٥.

أو الحجر للفلس في المالك أو العامل أيضاً، إذا كان بعد حصول الربح إلا مع إجازة الغرماء.

الخامسة: إذا ضارب المالك في مرض الموت صح، وملك العامل

{أو الحجر للفلس في المالك أو العامل أيضاً} لأنه بالحجر على المالك يقع أمواله تحت نظر الحاكم، فلا يحق لنفسه التصرف فيها بنفسه أو وكيله، وبالحجر على العامل لا يحق له التصرف في مال نفسه فكيف بمال غيره.

وفيه: ما تقدم في السفه، فإن الحجر يمنع تصرف المالك لا المضارب العامل للمحجور، فإنها معاملة كالإجارة، فأي أثر للحجر في بقائها وعدمه، وقد عرفت الجواب عن الإشكال في العامل إذا حجر مما تقدم، ولذا قال جمع من المعلقين: إن حجر العامل لا يمنع تصرفه ولا يبطل المضاربة، قال ابن العم: (الظاهر عدم بطلان المضاربة في صورة حجر العامل بالفلس)، وقال السيد البروجردي: (تفليس العامل بعد ظهور الربح لا يبطل المضاربة، بل في منعه من التصرف أيضاً إشكال).

أقول: في إشكاله إشكال، ولذا قال المصنف: {إذا كان بعد حصول الربح إلا مع إجازة الغرماء} وذلك لأن ماله الجديد يكون موضع الحجر كماله القديم، على ما تقدم.

نعم من رأى أن ماله الجديد لا يكون موضع الحجر، كان له إجازة العمل، لأن ربحه الجديد ليس موضع الحجر، فلا وجه لمنعه عن التصرف.

{الخامسة: إذا ضارب المالك في مرض الموت صح} للعمومات الشاملة لمضاربته، وكذا إذا ضارب العامل في مرض الموت دون حصته {وملك العامل

الحصة وإن كانت أزيد من أجرة المثل على الأقوى من كون منجزات المريض من الأصل، بل وكذلك على القول بأنها من الثلث، لأنه ليس مفوتاً لشيء على الوارث، إذ الربح أمر معدوم وليس مالاً موجوداً للمالك وإنما حصل بسعي العامل.

الحصة وإن كانت أزيد من أجرة المثل} كما يملك المالك الحصة وإن كانت أكثر من حقه، فلا حق للعامل في الزائد بعد قراره في الثاني {على الأقوى} فيهما {من كون منجزات المريض من الأصل} حيث لا فرق بين المريض وغيره من هذه الجهة.

{بل وكذلك على القول بأنها من الثلث} كما ذهب إليه جمع، وقد صرح غير واحد بما في المتن، بل عن صريح مجمع البرهان أو ظاهره أنه لا خلاف فيه، وإن تأمل فيه بعض السادة المعلقين، وفي إطلاق تأمله نظر، إذ لو كان تأمل لزم أن يكون فيما إذا زاد الزائد من حقه على الثلث، وإلا فمقتضى القاعدة أن الزائد يخرج من الثلث.

وكيف كان، فقد عللوا الصحة حتى على القول بأن المنجزات من الثلث بما ذكره الماتن بقوله: {لأنه ليس مفوتاً لشيء على الوارث، إذ الربح أمر معدوم وليس مالاً موجوداً للمالك} حتى لا يجوز التعدي فيه عن الثلث على هذا القول {وإنما حصل بسعي العامل}.

لكن لا يخفى ما في هذا التعليل، لأن الربح نماء المال، فتمليكه المحاباتي تضييع على الوارث، يشمله دليل المنع إذا كان أكثر من الثلث إلا بإجازة الوارث، إما بالإطلاق أو المناط، ولذا أشكل على الماتن

غير واحد من المعلقين، بناءً على أن المنجزات من الثلث، كالمستمسك وغيره.

ومنه يعلم حال ما إذا ضارب العامل دون حقه، فإنه محاباة بماله للمالك فيشمله الإطلاق أو المناط، اللهم إلا أن يقال: بين المالك والعامل فرق ففي المالك يكون التنازل عن المال الذي هو نماء المال، وفي العامل تنازل عن العمل وليس العمل مشمولاً لأدلة منجزات المريض، فكما يحق للمريض التبرع بعمل لإنسان، يحق له أخذ أقل من حقه منه، وهذا هو مقتضى القاعدة.

ومن الكلام في المقام يعرف الكلام في طرفي المزارعة والمساقاة والإجارة فيمن استأجر أجيراً، والوكالة بأجرة والجعالة وغيرها، حيث لا يصح لباذل المال الزيادة إذا زادت عن أجرة المثل وعن الثلث ولم يجز الوارث، ويصح لباذل العمل النقيصة.

{السادسة: إذا تبين كون رأس المال لغير المضارب} والتبين طريقي كما لا يخفى، وإلا فالمعيار عالم الثبوت {سواء كان غاصباً أو جاهلاً بكونه ليس له} والمراد بالجاهل عذره في تصرفه، إذ من الواضح أن الغاصب أعم من الجاهل.

والحاصل: عدم كون المال له، سواء كان عالماً بذلك أو جاهلاً أو ناسياً أو غافلاً، وسواء كان غصبه مع العلم حراماً أو لا للاضطرار ونحوه.

فإن تلف في يد العامل أو حصل خسران فلمالكه الرجوع على كل منهما، فإن رجع على المضارب لم يرجع على العامل

{فإن تلف في يد العامل أو حصل خسران فلمالكه الرجوع على كل منهما} والمراد بحصول الخسران أنه تاجر فخسر، لا أن المعاملة صحيحة كما فرض المستمسك فأشكل على الماتن.

والحاصل: إن مراد الماتن أن النقص سواء بالتلف الخارجي، أو التلف التجاري ـــ وإن كانت التجارة في نفسها باطلة لعدم الإجازة ـــ يسلط المالك على الأخذ من أي منهما، بالإضافة إلى الباقي من ماله الذي لم يتلف، وذلك لعموم «على اليد»، و«لا يتوى» وما أشبه مما يشمل كلاً منهما، وقد حقق في محله أن الضمان ليس تابعاً للعلم والعمد، بل يشمل وإن كان الإتلاف اضطرارياً، إلا فيما كان إذن من الشارع مثل إلقاء الأمتعة في البحر عند خوف غرق السفينة، كما ذكروا.

{فإن رجع} المالك {على المضارب لم يرجع على العامل} وقد ذكره العلامة في بعض كتبه وغيره، وعللوه بأن العامل أخذه من المضارب على وجه الأمانة، وليس على الأمين شيء، لكن في القواعد وغيره التفصيل في المسألة بين علم الثاني فيرجع الأول عليه، وبين جهله فلا يرجع الأول عليه، وعلله بأنه مع العلم قد استقر التلف في يده.

وكذا ذكر السيد البروجردي وبعض المعلقين الآخر بأنه مع علم الثاني يرجع المضارب إليه.

وكيف كان، فللمسألة صور أربع، لأن المضارب إما عالم أو جاهل، وعلى

وإن رجع على العامل رجع إذا كان جاهلا على المضارب وإن كان جاهلا أيضاً لأنه مغرور من قبله

كل حال، العامل إما عالم أو جاهل، فإن كانا عالمين رجع المضارب إلى العامل لشمول «على اليد» له، فقد أتلف مال الغير وهو عالم، فإذا أخذ الغير ماله من المضارب طلب المضارب بدله ممن تلف في يده، لأنه في الحقيقة إعطاء من المتلف إلى المالك لكن بواسطة المضارب.

وإن كان العامل فقط عالماً رجع المضارب إليه، كما ذكر في الصورة الأولى.

وإن كانا جاهلين، فالظاهر عدم رجوع المضارب، لأن المضارب غر العامل فلا يرجع الغار إلى المغرور، لأنه خلاف «المغرور يرجع إلى من غر» وهو حديث نبوي معمول به، بل مجمع الاستناد إليه فهو حجة، فإذا كان المغرور يرجع إلى من غرّ لم يرجع الغار على المغرور، وإطلاقه شامل لما إذا كان الغار عامداً أم لا، فإذا زعم زيد أن الطعام لنفسه فأعطاه لعمرو، وعمرو جاهل بأنه ليس لزيد فأكله، لم يرجع زيد إلى عمرو بثمنه إذا رجع مالك الطعام إلى زيد، فإن دليل الغرور حاكم على دليل اليد.

وإن كان المضارب فقط عالماً لم يرجع إلى العامل، لما ذكر في صورة جهلهما.

{وإن رجع} المالك {على العامل رجع} العامل {إذا كان جاهلاً على المضارب وإن كان جاهلاً أيضاً} أما في صورة علم المضارب فلأنه غر العامل، والمغرور يرجع إلى من غر، وأما في صورة جهل المضارب فـــ {لأنه مغرور من قبله} حيث أوهمه المضارب أن لا خسارة عليه، كما تقدم في مسألة رجوع المالك إلى المضارب.

ولا يخفى أن عدم رجوع العامل إلى المضارب في صورة التلف والخسران إنما هو إذا لم يكن التلف والخسران بتعدّ أو تفريط، وإلا لم يرجع،

إذ ليس مغروراً حينئذ، فإن المضارب لم يرفع التلف عن عاتقه إذا تعدى حتى يصدق عليه المغرور.

{وإن حصل ربح كان للمالك} فقط عند المصنف، بل المشهور الذين يرون الربح ناتج المال {إذا أجاز المعاملات الواقعة على ماله} فإنه إذا لم يجز لم تكن معاملة حتى يكون ربح، كما أن المالك إذا أجاز نفس المضاربة كان الربح بينه وبين العامل على حسب ما قرر في المضاربة، كذا ذكره المستمسك.

لكن بناءً على ما تقدم من أن الربح حاصل المال والعمل، إذا كان للمضارب مدخلية في الربح عرفاً، لم يستبعد أن يكون له شيء بقدر حقه.

ومنه يعلم وجه النظر في قوله: {وللعامل أجرة المثل على المضارب} إذ الربح بين المالك والعامل، فلماذا يكون شيء على المضارب، بل اللازم أن يكون الربح مقسماً بين المالك والعامل، وعليه فلا مجال لقوله: {مع جهله} إذ الربح وليد الأمرين حتى مع العلم.

وكيف كان، فالصور أربع، فإنه إذا ربح وأجاز المالك البيع لا المضاربة، فإما المضارب والعامل عالمان، أو جاهلان، أو أحدهما عالم والآخر جاهل بصورتيه.

فإذا كانا عالمين كان للعامل مقدار حقه، لا الأجرة ولا المقدار المبني عليه بين المضارب وبينه، إذ الأجرة قد تكون دون الحق، وقد تكون فوقه، بالإضافة إلى أنه لا وجه للأجرة لأنها تكون تابعة للإجارة ولم تحصل، وإنما قلنا

والظاهر عدم استحقاقه الأجرة عليه مع عدم حصول الربح، لأنه أقدم على عدم شيء له مع عدم حصوله، كما أنه لا يرجع عليه إذا كان عالماً بأنه ليس له، لكونه متبرعاً بعمله حينئذ.

كان له مقدار حقه، لما سبق من أن الربح تابع المال والعمل معاً.

وإن كان العامل عالماً كان كذلك، لأن المضاربة لما كانت باطلة لم يكن له إلا مقدار حقه.

وإن كانا جاهلين، فالظاهر أنه إذا كان مقدار حقه العملي أقل من مقدار حقه المضاربي، لم يكن له الرجوع إلى المضارب بالتفاوت، مثلاً ضاربه على أن يكون له نصف الربح، وحقه العملي الذي استوفاه من المالك ربع الربح، فإنه ليس له الرجوع إلى المضارب بالربع الآخر، بزعم أنه مغرور، لأنه دخل لأن يكون له النصف، فاللازم إعطاء الغار التفاوت، وذلك لأن زعمه أن له النصف لا يوجب زائداً على حقه، فهو ليس بمغرور بالنسبة إلى الزائد من حقه الذي زعم أنه له حسب القرار المضاربي.

ومنه يعلم حال ما إذا كان العامل جاهلاً دون المضارب.

{والظاهر عدم استحقاقه} أي العالم {الأجرة عليه} على المضارب {مع عدم حصول الربح، لأنه أقدم على عدم شيء له مع عدم حصوله} فهو الذي أهدر حقه كالذي يلقي متاعه في الشارع معرضاً عنه، حيث يسقط ملكه عنه، وقد تقدم تفصيل الكلام في ذلك في المسألة الثامنة والأربعين فراجع.

{كما أنه لا يرجع عليه إذا كان عالماً بأنه ليس له، لكونه متبرعاً بعمله حينئذ} كان الأولى أن يقول: إنه هتك احترام عمله، لا أنه تبرع به، وكأنه أراد لازم الهتك وإذهاب الاحترام، وقد تقدم الكلام في هذا الفرع أيضاً.

السابعة: يجوز اشتراط المضاربة في ضمن عقد لازم، فيجب على المشروط عليه إيقاع عقدها مع الشارط، ولكن لكل منهما فسخه بعده

ومنه يعلم وجه النظر في قول المتسمسك: (إنه لم يقصد التبرع، وإنما قصد الربح ولو تشريعاً، فيكون المضارب قد استوفى عمله، فعليه ضمانه) إلى آخره، فإن قصد الربح مع العلم لا ينفع.

{السابعة: يجوز اشتراط المضاربة في ضمن عقد لازم} بأن يشترط إيقاع عقد المضاربة، ولذا قال: {فيجب على المشروط عليه إيقاع عقدها مع الشارط} إذا كان الشرط ذلك، وإلا مع من شرط، مثلاً قد يبيع زيد لعمرو داراً بشرط أن أن يضارب معه في التجارة، وقد يشترط أن يضارب مع ابنه في التجارة، ولا فرق في وجوب العمل بالشرط أن يشترط عليه أن يكون مالكاً في المضاربة، أو أن يكون عاملاً.

ثم الظاهر لزوم أن يكون حدود الشرط معلوماً، أما إذا كان غير معلوم يبطل الشرط، إذ المضاربة بكم ولكم مدة، وما إلى ذلك لها سعة كبيرة إذا لم تحدد بالحدود العقلائية بطل الشرط لأنه غرر، وقد نهي النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر، لكن بطلان الشرط لا يستلزم بطلان العقد وإنما يعطي للشارط حق الخيار.

وكيف كان، فمن ما تقدم يظهر وجه النظر في قول السيد البروجردي: (حقيقة المضاربة غير قابلة للاشتراط كذلك، وإيقاع عقدها غير مقصود للعقلاء)، إذ فيه: إن إيقاع عقدها المتعقب بالعمل إذا لم يفسخ مقصود للعقلاء.

{ولكن لكل منهما فسخه بعده} إذ المضاربة جائزة والشرط كان العقد

والظاهر أنه يجوز اشتراط عمل المضاربة على العامل بأن يشترط عليه أن يتجر بمقدار كذا من ماله إلى زمان كذا على أن يكون الربح بينهما، نظير شرط كونه وكيلاً في كذا في عقد لازم، وحينئذ لا يجوز للمشروط عليه فسخها

بموازينه وقد وفى المشروط عليه بالشرط، هذا إذا لم يكن الشرط العقد المتعقب بالعمل، وإلا نافي الفسخ الشرط مما يعطي للشارط حق فسخ تلك المعاملة اللازمة.

{والظاهر} من إطلاق أدلة الشرط الشامل للمقام {أنه يجوز اشتراط عمل المضاربة على العامل} بدون إجراء عقدها {بأن يشترط عليه أن يتجر بمقدار كذا من ماله إلى زمان كذا على أن يكون الربح بينهما} بالتناصف أو غيره، لكن هذا لا يكون مضاربة شرعية، ولا تترتب عليه أحكام المضاربة، فهو من قبيل شرط النتيجه الذي يصح أحياناً، ولا يصح أحياناً مثل شرط أن تكون زوجية بلا عقد أو تخرج عن حبالته بلا طلاق، إلى غير ذلك، فهو {نظير شرط كونه وكيلاً في كذا} في عقد لازم، فقد يشترط إجراء عقد الوكالة، وقد يشترط العمل الخارجي المترتب أحياناً على الوكالة العقدية، وعليه فإذا شرط عقد الوكالة وعقدها كان له الفسخ، لأن الوكالة عقد جائز، وقد فعل ما شرط، واحتمال لزوم العمل في الجملة في الوكالة والمضاربة على ما ذكره بعض المعلقين لأن صرف العقد ليس مقصوداً للعقلاء، غير تام، إذ قد يكون صرف العقد مقصوداً.

{وحينئذ} إذا كان الشرط عمل المضاربة، لا عقد المضاربة {لا يجوز} أي لا يصح {للمشروط عليه فسخها} إذ ليس عقداً حتى يقبل الفسخ، بل اللازم

كما في الوكالة.

الثامنة: يجوز إيقاع المضاربة بعنوان الجعالة كأن يقول: إذا اتجرت بهذا المال وحصل ربح فلك نصفه

على المشروط عليه العمل {كما في} شرط {الوكالة} عملاً حيث لا يقبل الفسخ.

{الثامنة: يجوز إيقاع المضاربة بعنوان الجعالة، كأن يقول: إذا اتجرت بهذا المال وحصل ربح فلك نصفه}، أو يقول: من اتجر بهذا المال وربح فله نصفه، وذلك لإطلاق أدلة الجعالة الشاملة للمقام، والفرق أن الجعالة إيقاع والمضاربة عقد، وهذا الذي ذكره الماتن هو الذي سكت عليه المعلقون ممن وجدت تعليقاتهم إلا السيدان البروجردي والحكيم.

فقال الأول: (إن قلنا بصحة الجعالة مع عدم معلومية الجعل بحسب الكمية وعدم وجوده حال عقدها وهو محتاج إلى التأمل).

وفيه: أن لا وجه للتأمل بعد كون الأمر عقلائياً ولم يردع منه الشارع، واحتمال أنه غرر فيشمله نهي النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر، غير تام، إذ ليس غرراً عرفياً، وقد ذكرنا في بعض مباحث الكتاب أن ما ذهب إليه الشيخ المرتضى (رحمه الله) من أخصية دائرة الغرر الشرعي عن الغرر العرفي بحاجة إلى التأمل، لأن الشارع لم يبين الموضوع، فاللازم أخذه من العرف، فلا يكون بينهما إلا التساوي.

وقال الثاني: (المضاربي مخالفة لقاعدة كون الربح لصاحب الأصل التي هي مقتضى المعاملة، ولكن بني عليها للدليل الخاص، وهذا الدليل لم يكن في

فيكون جعالة تفيد فائدة المضاربة، ولا يلزم أن يكون جامعاً لشروط المضاربة، فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين أو ديناً أو مجهولاً جهالة لا توجب الغرر

الجعالة، وعليه فلا تصح في المقام لمخالفتها، لقاعدة لزوم رجوع الربح إلى المالك).

وفيه أولاً: قد تقدم أن مقتضى القاعدة كون الربح لهما المالك والعامل، فليست المضاربة مخالفة للقاعدة.

وثانياً: إن الجعالة أمر عقلائي فتصح وإن سلم كلامه في المضاربة، وعليه فلا فرق بين الصورة المذكورة في المتن، وبين أن يقول: اتجر بهذا المال فإذا ربحت أعطيتك حصة من الربح.

وكذا يصح جعل الأمر صلحاً، كأن يقول: صالحتك على أن تعمل بهذا المال على أن يكون نصف الربح لك، وذلك لأنه أمر عقلائي أيضاً، والشارع لم يردع عنه، فيشمله إطلاق دليل الصلح.

وكيف كان {فيكون} ما ذكره الماتن {جعالة تفيد فائدة المضاربة} بشرط أن يكون بشروط الجعالة، كأن يكون له جعل ولا يكون غرراً عرفياً، ويكون كل منهما بالغاً عاقلاً، إلى آخر الشروط المذكورة هناك.

{ولا يلزم أن يكون جامعاً لشروط المضاربة} لأنه ليس مضاربة، كما أنه إذ أوقعاه صلحاً لزم توفر شروط الصلح فيه، لا شروط المضاربة والجعالة.

{فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين} وإشكال بعض المعلقين في ذلك غير ظاهر الوجه، {أو ديناً أو مجهولاً لا توجب الغرر} إذ الغرر منهي

وكذا في المضاربة المشروطة في ضمن عقد بنحو شرط النتيجة، فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين.

التاسعة: يجوز للأب والجد الاتجار بمال المولى عليه بنحو المضاربة بإيقاع عقدها

عنه مطلقاً فيشمل الجعالة، وقد تقدم الكلام حول هذا الشرط وما قبله في شروط المضاربة.

{وكذا} لا يشترط شروط المضاربة العقدية {في المضاربة المشروطة في ضمن عقد} لازم {بنحو شرط النتيجة} كما تقدم في المسألة السابقة، وقول المسمسك: (هذا غير ظاهر، إذ المضاربة مفهوم واحد، ولا فرق بين جعله بالأصالة وبالتبعية، وكل ما يعتبر في الأول يعتبر في الثاني، فلو شرط في حال فقد الشرائط كان الشرط مخالفاً للكتاب فيكون باطلاً) انتهى.

غير ظاهر الوجه، إذ الكلام في جعل الشرط نتيجة المضاربة لا عقد المضاربة، والشرائط المعتبرة إنما هي في عقد المضاربة، ولذا سكت على الماتن كافة المعلقين الذين ظفرت على تعليقاتهم.

{فيجوز مع كون رأس المال من غير النقدين} إن قلنا باشتراطه في المضاربة، حيث قد تقدم استظهار عدم الاشتراط، وكذا بالنسبة إلى سائر الشروط الخاصة بالمضاربة، مثل كون الربح نسبةً لا قدراً خاصاً، إلى غير ذلك.

{التاسعة: يجوز للأب والجد الاتجار بمال المولى عليه بنحو المضاربة بإيقاع عقدها} مع نفسه بعنوان الولاية، لكن اللازم مراعاة المصلحة لهما،

بل مع عدمه أيضاً بأن يكون بمجرد الإذن منهما، وكذا يجوز لهما المضاربة بماله مع الغير على أن يكون الربح مشتركاً بينه وبين العامل

أو عدم المفسدة، على الاختلاف في تصرفها في شؤونه، واحتمال لزوم تعدد الموجب والقابل، بالإضافة إلى أنه غير ظاهر الوجه حتى في النكاح يمكن تداركه بتوكيل الأب والجد إنساناً عنهما، أو عن الصغير ليكون العاقد اثنين، كما يصح جعل نفسهما مالكاً والصغير عاملاً، إذ قد تقدم عدم بعد ذلك بالنسبة إلى الصغير، وكذلك يصح جعل الجعالة مكان المضاربة، كما قد تقدم في المسألة الثامنة.

{بل مع عدمه أيضاً} بأن يكون على نحو المعاطاة، فقول المستمسك: وحينئذ لا يكون مضاربة، لم يعرف وجهه، اللهم إلا أن يريد أن المصنف أراد ذلك بقرينة قوله: {بأن يكون بمجرد الإذن منهما} فيرد على المصنف أنه لم يذكر المعاطاة إلا إذا أراد بالعقد الأعم من اللفظي والعملي.

{وكذا يجوز لهما المضاربة بماله مع الغير} لإطلاق ولايتهما الشاملة لذلك {على أن يكون الربح مشتركاً بينه} أي المولى عليه {وبين العامل} أو له حصة أيضاً لإشرافه، وكذا لهما الإذن للغير في المعاملة بماله ولهما جعله معاطاة، وعليه فصور كون المال للصغير ستة:

لعقد المضاربي والمعاطاة والإذن، لهما أو للغير، ومعنى الإذن لأنفسهما الالتفات إلى أنه مال الصغير يتعاملان معه، والربح بينهما.

وإذا صح جعل الصغير عاملاً جاءت الأقسام الستة هنا أيضاً.

وكذا يجوز ذلك للوصي في مال الصغير، مع ملاحظة الغبطة والمصلحة والأمن من هلاك المال.

العاشرة: يجوز للأب والجد الإيصاء بالمضاربة بمال المولى عليه بإيقاع الوصي عقدها لنفسه أو لغيره مع تعيين الحصة من الربح أو إيكاله إليه، وكذا يجوز لهما الإيصاء بالمضاربة في حصة القصير من تركتهما

{وكذا يجوز ذلك للوصي في مال الصغير مع ملاحظة الغبطة والمصلحة والأمن من هلاك المال} هذا عطف تفسير، وذلك على ما ذكروا في مطلق تصرفاته في مال الصغير.

قال سبحانه: ﴿وَلا تَقْرَبُوا مالَ الْيَتيمِ إلا بِالَّتي هِيَ أَحْسَنُ﴾[1].

وكذا يجوز للحاكم ووكيله بالنسبة إلى مال المجانين والغيّب وما أشبه، لأدلة الولاية، على الحدود التي ذكروها في ولاية الفقيه.

{العاشرة: يجوز للأب والجد الإيصاء بالمضاربة بمال المولى عليه} بأن يوصيا {بإيقاع الوصي عقدها} وذلك لإطلاق أدلة ولايتهما حتى للوصية بشؤون المولى عليه، وكذا يجوز لهما الوصية بالعمل المضاربي على نحو النتيجة بدون العقد، كما تقدم ذلك في غير مال الصغير، {لنفسه} بأن يكون العامل عاملاً للصغير {أو لغيره} أو لهما {مع تعيين الحصة من الربح أو إيكاله إليه} أي إلى الوصي ليعمل حسب المصلحة.

{وكذا يجوز لهما الإيصاء بالمضاربة في حصة القصير من تركتهما} وهذا

---

(١) سورة الأنعام: الآية ١٥٢.

بأحد الوجهين، كما أنه يجوز ذلك لكل منهما بالنسبة إلى الثلث المعزول لنفسه، بأن يتجر الوصي به أو يدفعه إلى غيره مضاربة ويصرف حصة الميت في المصارف المعينة للثلث

بخلاف السابق، حيث كانت الوصية بالنسبة إلى مال المولى عليه المملوك حال الوصية.

وكذا يجوز قسم ثالث، وهو ما إذا يحصل المولى عليه مالاً في المستقبل لا من تركة الأب والجد كأن يوصي بالمضاربة بما يحصله من إرث أمه، أو ما يحصله جائزة على درسه مثلاً {بأحد الوجهين} لنفسه أو لغيره، إلى آخره.

وكذا المضاربة ونتيجة المضاربة، ولم يعلم وجه لإشكال السيد الجمال بأن الإيصاء مطلقاً لا يخلو من إشكال، إلا أن يقال إنه لا إطلاق في دليل ولايتها يشمل مثل هذا الإيصاء، وفيه: إنه بالإضافة إلى الإطلاق يدل عليه ما يأتي من الخبرين.

{كما أنه يجوز ذلك لكل منهما بالنسبة إلى الثلث المعزول لنفسه} وهما من باب المثال، وإلا فلا فرق بين الأب والجد وغيرهما في هذا، وإنما نقول به لإطلاق أدلة الوصية الشاملة للمقام أيضاً، واحتمال أن الثلث غير مملوك لأحد، ولا مضاربة إلا في المملوك، مردود بأن الملك أمر اعتباري، والعرف والشرع جعلاه للميت.

{بأن يتجر الوصي به أو يدفعه إلى غيره مضاربة ويصرف حصة الميت في المصارف المعنية للثلث} أو يصرفه فيما يراه صلاحاً، أو يشتري بالربح داراً أو دكاناً مثلاً ويصرف ربحه في المصارف، أو يجعل تلك الدار مدرسة للطلاب مثلاً، إلى غير ذلك مما هو مشمول لإطلاق الأدلة.

{وكذا يجوز الإيصاء منهما بالنسبة إلى حصة الكبار} من الإرث {أيضاً} كما ذكره المحقق، وقال في المسالك: المصنف وأكثر الجماعة أطلقوا الصحة في الورثة الشامل للمكلفين.

وعن الكفاية أن المشهور لم يعتبروا كون الأولاد صغاراً، وقد استندوا في ذلك إلى الرواية الآتية في المسألة، وإلى أنه مقتضى القاعدة، وفي كلا الأمرين إشكال كما سيأتي.

وفي قبال هذا القول ما يحكى عن ابن إدريس من المنع حتى في مال الصغار، وكأنه لأن ولايتهما تنقطع بموتهما، وفيه: ما عرفت.

وأعدل الأقوال هو حق الوصية بالنسبة إلى الصغار، والثلث وعدم حقهما بالنسبة إلى حق الكبار، لأنه خلاف قاعدة سلطنة الناس على أموالهم، نعم لو وصى الأب والجد بالنسبة إلى الكبار، وأمضوا صح، وليس لهم الرجوع بعد الموت، لما دل على لزوم الوصية إذا قبله الموصى إليه، فإنه كما يرفع القبول النفوذ بالنسبة إلى نفس الإنسان يرفع النفوذ بالنسبة إلى ماله.

وعلى هذا، فلو أوصى بالنسبة إلى أموال الكبار ولم يجيزوا الوصية، لا في حال حياته ولا بعد موته، وعمل الوصي بما أوصي كانت المعاملة فضولية إن شاؤوا أجازوا المضاربة أو البيع الذي تبعها، وإن شاؤوا لم يجيزوا، وقد تقدم الكلام في مثل ذلك في مسألة كون رأس المال لغير المضارب.

ولو أوصى الأب والجد، والابن صغير، وقبل عمل الوصي في ماله بالمضاربة كبر، لم يصح له التصرف لانقطاع الولاية بكبره، ولو كبر وجن انتقلت الولاية إلى الحاكم الشرعي على ما ذكروا، فلا حق للوصي، بل وإن اتصل جنونه بصغره، وإن أشكلنا على ذلك في بعض مباحث الفقه.

ولا يضر كونه ضرراً عليهم من حيث تعطيل مالهم إلى مدة، لأنه منجبر بكون الاختيار لهم في فسخ المضاربة وإجازتها، كما أن الحال كذلك بالنسبة إلى ما بعد البلوغ في القصير فإن له أن يفسخ

وحيث قد عرفت الإشكال في الوصية بالنسبة إلى مال الكبار تعرف الإشكال في قوله: {ولا يضر كونه ضرراً عليهم من حيث تعطيل مالهم إلى مدة} إذ سواء كان ضرراً أو ربحاً أو ليس أحدهما لا حق للميت في الوصية المذكورة ولا حق للوصي في التنفيذ، هذا بالإضافة إلى أن إطلاقه أنه ضرر عليهم غير تام، إذ ليس ذلك يلازم الضرر، كما أشار إليه المستمسك.

وتعليله بقوله: {لأنه منجبر بكون الاختيار لهم في فسخ المضاربة وإجازتها} غير ظاهر الوجه، لأنه إن لم يكن للميت والوصي حق، فلا حق حتى يحتاج إلى التعليل، فهو مثل أن يقال بصحة وكالة أجنبي لزيد في المضاربة بمال عمرو فهل يصح أن يعلل ذلك بـــ (لأنه منجبر ...) وإن كان للميت حق فهو حقه، سواء كان انجبار أم لا.

ومنه يعلم أن إشكال المستمسك على الماتن بقوله: (إذا كانت الوصية إضراراً بالورثة فهي باطلة بلاحاجة إلى الفسخ، لا أنها صحيحة ويكون للوارث الفسخ) انتهى.

غير ظاهر الوجه، لأنه إذا لم يكن حق الميت والوصي فلا يقع الكلام في أنه إضرار أو لا، بل يكون ذلك حينئذ من باب السالبة بانتفاء الموضوع.

{كما أن الحال كذلك بالنسبة إلى ما بعد البلوغ في القصير، فإن له أن يفسخ

أو يجيز، وكذا يجوز لهما الإيصاء بالاتجار بمال القصير على نحو المضاربة، بأن يكون هو الموصى به لا إيقاع عقد المضاربة، لكن إلى زمان البلوغ أو أقل، وأما إذا جعل المدة أزيد فيحتاج إلى الإجارة بالنسبة إلى الزائد

أو يجيز} لأنه بالبلوغ يملك أمره وتنقطع الولاية عنه، كما هو واضح.

ومنه يعلم أن ذكر المستمسك الإضرار به وعدمه لم يظهر له محل.

{وكذا يجوز لهما} الأب والجد {الإيصاء بالاتجار بمال القصير على نحو المضاربة، بأن يكون هو الموصى به لا إيقاع عقد المضاربة} فيوصي بنتيجة العقد، لا بالعقد نفسه، كما سبق مثل ذلك في بعض المسائل السابقة، وألمعنا إليه في هذه المسألة.

ومنه يعلم أن قول المستمسك: (يعني تكون الوصية إنشاءً للمضاربة بعد الموت نظير الوصية التمليكية التي هي إنشاء للتمليك بعد الموت) غير ظاهر الوجه.

{لكن إلى زمان البلوغ أو أقل} إذ لا حق للولي في الولاية بعد زمان البلوغ، {وأما إذا جعل المدة أزيد فيحتاج إلى الإجازة بالنسبة إلى الزائد} من القصير بعد أن بلغ، لأنه ماله وله الولاية فيه.

وقول المستمسك بأن الوصية إذا لم تكن مضرة نافذة لما بعد البلوغ، غير ظاهر الوجه، إذ نفس الولي لم يكن له ولاية لما بعد البلوغ، فكيف تكون الولاية لوصيه بعد البلوغ، فإن ذلك

ودعوى عدم صحة هذا النحو من الإيصاء لأن الصغير لا مال له حينه وإنما ينتقل إليه بعد الموت ولا دليل على صحة الوصية العقدية في غير التمليك فلا يصح أن يكون إيجاب المضاربة على نحو إيجاب التمليك بعد الموت

مناف لقاعدة سلطنة الناس على أموالهم[1].

{ودعوى عدم صحة هذا النحو} أي الوصية بنتيجة المضاربة، {من الإيصاء} الذي ذكره بقوله: بأن يكون هو الموصى به لا إيقاع عقد المضاربة.

{لأن الصغير لا مال له حينه} أي حين الإيصاء {وإنما ينتقل إليه بعد الموت} فكيف يوصي الأب والجد بأن يتصرف الوصي في مال الصغير تصرفاً على نحو المضاربة، فإن الوصية تحتاج إلى المتعلق، ولا متعلق هنا، إذ متعلقها مال الصغير، ولا مال للصغير حال الوصية.

{و} إن قلت: كما يصح أن يملك الموصي قبل موته، أي يوجب التمليك، كذلك يصح أن يوصي بعمل المضاربة في مال ولده قبل موته، فذاك إيجاب تمليك وهذا إيجاب وصية ومتعلق كليهما مال نفسه ومال ولده بعد الموت.

قلت: {لا دليل على صحة الوصية العقدية} أي عقد الوصية المتعلقة بالمال {في غير التمليك} فيصح أن يقول: كتابي ملك فلان بعد موتي، ولا يصح أن يقول: نقد ولدي يضارب به بعد موتي.

{فلا يصح أن يكون إيجاب المضارب على نحو إيجاب التمليك بعد الموت}

(١) بحار الأنوار: ج٢ ص٢٧٣.

مدفوعة بالمنع، مع أنه الظاهر من خبر خالد بن بكر الطويل في قضية ابن أبي ليلى السالمي، وموثق محمد بن مسلم المذكورين في باب الوصية

إذ ثبت ذلك في التمليك، و لم يثبت ذلك في الوصية بنتيجة عقد المضاربة، وكأن المستمسك استظهر من لفظ (الإيجاب) في كلام المصنف إنشاء المضاربة، ولذا فسر عبارته السابقة (بأن يكون هو الموصى به) بما ذكره في شرحه (يعني تكون الوصية إنشاءً للمضاربة)، وأشكل على الماتن هنا: (لأن الصغير لا مال له حينه) بقوله: (هذا لا دخل له في الإشكال. إلخ) مع أن الظاهر من عبارة المصنف ما فسرناه فراجع كلامه.

{مدفوعة بالمنع} إذ عدم مال للصغير حين الوصية لا يمنع أن يوصي بأنه لدى حصول المال به يعمل به عمل المضاربة، كما لا يمنع من أن يوصي أن يعقد على ماله عقد المضاربة.

فأولاً: إطلاق أدلة الوصية يشمله.

وثانياً: {مع أنه الظاهر من خبر خالد بن بكر الطويل في قضية أبن أبي السالمي، وموثق محمد بن مسلم المذكورين في باب الوصية}

والأول حجة أيضاً لرواية المشايخ الثلاثة له، ولأنه رواه من هو من أصحاب الإجماع، فقد روى محمد بن أبي عمير، عن عبد الرحمان بن الحجاج، عن خالد بن بكر الطويل، قال: دعاني أبي حين حضرته الوفاة فقال: يا بني اقض مال أخوتك الصغار واعمل به وخذ نصف الربح وأعطهم النصف وليس عليك ضمان، فقد تبين أم ولد أبي بعد وفاة أبي إلى ابن أبي ليلى فقالت: إن هذا كل أموال ولدي، قال: فاقتصصت عليه ما أمرني به، فقال لي ابن أبي ليلى: إن كان أبوك أمرك

بالباطل لم أجزه، ثم أشهد على ابن أبي ليلى إن أنا حركته فأنا له ضامن، فدخلت على أبي عبد الله (عليه السلام) فقصصت عليه قصتي، ثم قلت له: ما ترى، فقال: «أما قول ابن أبي ليلي فلا أستطيع رده، وأما فيما بينك وبين الله عزوجل فليس عليك ضمان»[1].

أقول: لعل ابن أبي ليلى رده، لأنه ادعى الوصية، وتلك بحاجة إلى الشاهد، ولعل الإمام (عليه السلام) قرر ذلك حيث قال: (فيما بينك وبين الله) مثل قتل الإنسان زوجته إذا رآها تزني، حيث إنه معذور فيما بينه وبين الله، وإن كان يحتاج إلى الإثبات عند الحاكم، كما ورد في حديث رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم)، وهل الإمام أراد بقوله: (لا أستطيع رده) أنه حكم صحيح أو لتقية من القاضي الجائر، أو لأن المستفتي لا يمكن من أن يعمل بالوصية لأذية القاضي له، احتمالات.

والموثق هو ما رواه المشايخ الثلاثة (رحمهم الله) عن محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، أنه سئل عن رجل أوصى إلى رجل بولده وبمال لهم وأذن له عند الوصية أن يعمل بالمال، وأن يكون الربح بينه وبينهم، فقال: «لا بأس به من أجل أن أباه قد أذن له في ذلك وهو حي»[2].

وظاهر الخبرين ليس إيجاب المضاربة، بل الوصية بعمل المضاربة، كما ليس

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص٤٧٨ الباب ٩٢ من أبواب أحكام الوصايا ح٢.

(٢) انظر الوسائل: ج١٣ ص٤٧٨ الباب ٩٢ من أبواب أحكام الوصايا ح١. الفقيه: ج٤ ص٢٢٨ ح٥٥٣٨.

وأما بالنسبة إلى الكبار من الورثة فلا يجوز بهذا النحو، لوجوب العمل بالوصية وهو الاتجار فيكون ضرراً عليهم

وصية بعقد المضاربة، فما فهمه المصنف ـــ حسب ما استظهرناه منه، لا كما فهمه المستمسك منه ـــ هو الظاهر، والكلام في تفصيل ما في الروايتين خارج عن محل البحث في المضاربة، ولذا تركناه لموضعه، وحيث إن ظاهرهما على الوصي المضاربة لا وجه لاحتمالات المستمسك في المراد من عبارة الموصي، فراجع كلامه.

وكيف كان، فالوصية بالعقد وبالعمل كلاهما صحيح.

{وأما بالنسبة إلى الكبار من الورثة فلا يجوز} لا بنحو الوصية بالعقد، ولا بنحو الوصية بالعمل المضاربي، كما أفتى بعدم الجواز غير واحد، لأنه خلاف سلطنتهم على أموالهم، والروايتان أولاهما في الصغار، وثانيتهما لا إطلاق لها، حيث إن السؤال فيها عن واقعة خارجية، والواقعة لا إطلاق لها إن لم نقل بأن ظاهرها أنهم كانوا صغاراً، لأنه المنصرف في الوصية بالولد ومالهم، وفي المستمسك: لا يبعد وحدة الواقعة المحكية بالخبرين.

ثم إن المصنف فصل بين ما تقدم فأجازه بالنسبة إلى الكبار، وبين هذا النحو فقال: لا يجوز {بهذا النحو لوجوب العمل بالوصية وهو الاتجار فيكون ضرراً عليهم} وكأنه بعد تسليمه صحة هذه الوصية من جهة الرواية الخاصة، لأن الوصية السابقة بالعقد، والعقد الذي يختار الكبير فسخه لا ضرر فيه، وهذه الوصية بالاتجار، والاتجار لا يمكن فسخه إلا بعد مدة حتى تتحقق الوصية، فهذه المدة

من حيث تعطيل حقهم من الإرث وإن كان لهم حصتهم من الربح خصوصاً إذا جعل حصتهم أقل من المتعارف.
الحادية عشر: إذا تلف المال في يد العامل بعد موت المالك من غير تقصير فالظاهر عدم ضمانه

ضرر على الورثة الكبار {من حيث تعطيل حقهم من الإرث وإن كان له حصتهم من الربح}، وفيه:

أولاً: إن ما يكون رابحاً لا يعد ضرراً.

وثانياً: إن الرواية إن شملت الكبار كان اللازم العمل بها في كلا قسمي الوصية، وإن لم تشملهم كان اللازم عدم القول بالصحة إلاّ إذا أجازوا بأنفسهم، فالفرق على أي حال لا يظهر له وجه.

{خصوصاً إذا جعل حصتهم أقل من المتعارف} حيث إنه ضرر ظاهر من جهة تعطيل حقهم مدة، ومن جهة تقليل جعل ما لهم من الحصة، والكلام في المسألة طويل موكول إلى المفصلات.

{الحادية عشر: إذا تلف المال في يد العامل بعد موت المالك من غير تقصير فالظاهر عدم ضمانه} فإن بطلان المضاربة بالموت لا يخرج العامل عن كونه أميناً إذا لم يقصر في إيصال المال إلى ورثته و لم يتعدّ و لم يفرّط، وإنما قال: (الظاهر) لأنه في قبال احتمال الضمان، لأن الأمانة إما مالكية وإما شرعية، والأمانة المالكية مفقودة، لأن المالك الجديد وهو الوارث لم يؤمن العامل، والأمانة الشرعية لا دليل عليها، فيشمل المقام دليل «على اليد» ونحوه، ولكن يرد هذا الاحتمال أن وضع المضاربة على الأمانة حتى بعد الموت كوضع العارية والوديعة وما أشبه، فهو

وكذا إذا تلف بعد انفساخها بوجه آخر.

الثانية عشر: إذا كان رأس المال مشتركاً بين اثنين فضاربا واحداً ثم فسخ أحد الشريكين، هل تبقى بالنسبة إلى حصة الآخر أو تنفسخ من الأصل، وجهان، أقربهما الانفساخ

أمانة مالكية، ولو شك فالأصل بقاء الأمانة، ولو لم يجر فالأصل بقاء عدم الضمان.

ومنه يعلم الحال فيما إذا مات العامل، حيث انفسخت المضاربة، فلو تلف في يد وارثه ونحوه بدون توان في الرد أو تعدّ وتقصير لم يكن ضمان عليهم.

{وكذا إذا تلف المال بعد انفساخها بوجه آخر} كجنون العامل أو المالك أو ما أشبه، وذلك لنفس الدليل المتقدم في الفسخ.

{الثانية عشر: إذا كان رأس المال مشتركاً بين اثنين، فضاربا واحداً ثم فسخ أحد الشريكين} حيث يجوز الفسخ في البعض عقلاً وشرعاً وعرفاً فـــ {هل تبقى} المضاربة {بالنسبة إلى حصة الآخر، أو تنفسخ من الأصل} أو من حين الفسخ، {وجهان} بل وجوه، الظاهر أنه إن كان بنحو عقد واحد انفسخ من الأصل الحال حسب العقد، لأن العقود تتبع القصود، وإن كان بنحو عقدين انفسخ أحدهما فقط، وانفساخه إن كان بنحو ارتباط أجزائه انفسخ من الأول، وإن كان لا بنحو ارتباط أجزائه انفسخ من حين الفسخ لا من الأول.

ومنه يعلم وجه النظر في قوله: {أقربهما الانفساخ} وكأن وجهه أنها مضاربة واحدة، فلا تتبعض بالفسخ، وقد تقدم في بعض المسائل السابقة أن العقد الواحد قد يكون بمترلة عقدين وعقود، ولذا يكون خيار تبعض الصفقة، وقد يكون بسيطاً لا يمكن التبعيض فيه، ولذا أشكل على المتن غير واحد كالسادة ابن العم

نعم لو كان مال كل منهما متميزاً وكان العقد واحداً لا يبعد بقاء العقد بالنسبة إلى الآخر.

الثالثة عشر: إذا أخذ العامل مال المضاربة وترك التجارة به إلى سنة مثلاً، فإن تلف ضمن ولا يستحق المالك عليه غير أصل المال، وإن كان آثماً في تعطيل مال الغير.

والحكيم والبروجردي وغيرهم، وإن كان في إطلاق عدم الانفساخ الذي ذهب إليه المستمسك أيضاً نظر لما عرفت.

أما قوله: {نعم لو كان مال كل منهما متميزاً وكان العقد واحداً لا يبعد بقاء العقد بالنسبة إلى الآخر} فيرد عليه أن ليس الاعتبار بتميز وعدم تميز المال، بل بوحدة وعدم وحدة العقد التابعة للقصد، اللهم إلا أن يريد أن التميز يجعل العقد عقدين بخلاف الوحدة، وحينئذ يشكل المبنى.

{الثالثة عشر: إذا أخذ العامل مال المضاربة وترك التجارة به} في مدة يتعارف التجارة به فيها ولو ليوم، كما في أيام زيارة الإمام الحسين (عليه السلام) حيث إن بعض التجارات يزدهر بما ليس لها ذلك الازدهار في يوم بعد مثلاً.

فقوله: {إلى سنة مثلاً} هو من باب المثال {فإن تلف ضمن} لأنه من الخيانة، حيث لم يؤذن المالك حبس المال هذه المدة، إلا إذا كان للحبس وجه شرعي كمرض العامل مع عدم إمكان إيصاله المال إلى المالك، أو خوفه على المال من الظالم ونحوه، حيث لا خيانة توجب الضمان.

{ولا يستحق المالك عليه غير أصل المال، وإن كان آثماً في تعطيل مال الغير} كما هو المشهور بينهم، وعلله المستمسك بأنه لا موجب له والأصل البراءة،

الرابعة عشر: إذا اشترط العامل على المالك عدم كون الربح جابراً للخسران مطلقاً، فكل ربح حصل يكون بينهما وإن حصل خسران بعده أو قبله، أو اشترط أن لا يكون الربح اللاحق جابراً للخسران السابق أو بالعكس

وإن كان آثماً في حبسه بغير إذن مالكه، انتهى.

لكن مقتضى القاعدة الضمان، لأن الربح حق تواه الحابس فيشمله «لا يتوى حق امرئ مسلم»[1] ونحوه، كما ذكرنا مثله في حبس الإنسان الحر عن عمله، أو حبس داره ودكانه عن الإيجار وهكذا.

{الرابعة عشر: إذا اشترط العامل على المالك عدم كون الربح جابراً للخسران مطلقاً} ومعنى مطلقاً ما يفسره بالقبل والبعد {فكل ربح حصل يكون بينهما وإن حصل خسران بعده أو قبله} أو معه، كما إذا كانت له صفقتان ربح في إحداهما وخسر في الأخرى.

{أو اشترط أن لا يكون الربح اللاحق جابراً للخسران السابق أو بالعكس} أو الربح المقارن جابراً للخسران المقارن، وذلك قد يكون بفرض عقلائي، كما إذا كان رأي المالك إرشاداً أن يتجر في البحر بالإضافة إلى اتجاره في البر، فقال العامل: إنه يخسر، فقال: إذا خسرت لا تجبر الخسارة بالربح مثلاً.

---

(١) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ باب نوادر الشهادات ح٥.

فالظاهر الصحة، وربما يستشكل بأنه خلاف وضع المضاربة، وهو كما ترى.

الخامسة عشر: لو خالف العامل المالك فيما عينه جهلاً أو نسياناً أو اشتباهاً، كما لو قال: لا تشتر الجنس الفلاني أو من الشخص الفلاني مثلاً، فاشتراه جهلاً، فالشراء فضولي موقوف على إجازة المالك

{فالظاهر الصحة} لإطلاق دليل الشرط، وليس الجبر من مقتضيات ذات المضاربة حتى يقال بأنه خلاف مقتضى العقد.

{وربما يستشكل بأنه خلاف وضع المضاربة} لوضعها على الجبران، ولذا قال السيد البروجردي: بل الظاهر البطلان مع وحدة المضاربة، وأشكل فيه جملة من السادة كابن العم والجمال وغيرهما، وقال في المستمسك: المنصرف من قوله (عليه السلام): «الربح بينهما والوضيعة على المال» غير ما ذكر.

وفيه: إنه مقتضى إطلاقها لا مقتضى ذاتها، ولذا قال المصنف: {وهو كما ترى} إذ قد عرفت جواب الإشكال المذكور.

ولو شك في شرعية ذلك كان المرجع العرف، لأن الشارع أمضى ما لدى العرف كسائر العقود، وقد عرفت أن العرف يرى أنه مقتضى الإطلاق لا مقتضى الذات.

{الخامسة عشر: لو خالف العامل المالك فيما عينه جهلاً} بمراده مما عينه {أو نسياناً أو اشتباهاً، كما لو قال: لا تشتر الجنس الفلاني أو من الشخص الفلاني مثلاً} أو ما أشبه ذلك من الأمور المربوطة بالزمان والمكان والنقد والخصوصيات {فاشتراه جهلاً} أو نسياناً أو اشتباهاً {فالشراء فضولي موقوف على إجازة المالك}، وكذا إذا فعل العامل ذلك عمداً، لكن هل يكون ذلك عملاً مضاربياً،

وكذا لو عمل بما ينصرف إطلاقه إلى غيره، فإنه بمنزلة النهي عنه، ولعل منه ما ذكرنا سابقاً من شراء من ينعتق على المالك مع جهله بكونه كذلك، وكذا الحال إذا كان مخطئاً في طريقة التجارة

الظاهر التفصيل، بأنه لو كانت المضاربة منصبة على خلاف ما عمله العامل لم يكن مضاربة، وإلا كان مضاربة ولهما حسب المقرر، حسب ما تقدم في مسألة مخالفة شرط المالك نصاً وفتوىً.

أما لو كانت المضاربة منصبة فقد سبق أن للعامل حسب حقه العقلائي من الربح المنقسم بين المال والعمل، لاحصة المضاربة ولا الأجرة، بفرض أنه لم يكن عملاً مضاربياً و لم يكن بأمر المالك حتى تكون له أجرة المثل.

{وكذا لو عمل بما ينصرف إطلاقه} إطلاق العقد {إلى غيره} وكان ذلك المنصرف مقصوداً، فإن العقود تتبع القصود، {فــ} مراد المصنف {إنه بمنزلة النهي عنه} ذلك حيث إن النهي وعدم الإذن سواء في النتيجة.

{ولعل منه ما ذكرنا سابقاً من شراء من ينعتق على المالك مع جهله بكونه كذلك} لوضوح أن المالك يريد الربح فلا يرضى بما يسبب الخسران، ومقتضى القاعدة أنه لو اشتراه وأمضاه المالك أو سبق أن أطلق لذلك، أو أذن إذناً خاصاً فإن لم يكن ربح فيه، يلزم أن يتدارك بالربح، وإن كان فيه ربح كان للعامل بقدر حصته منه، وحيث عدم الابتلاء بالمسألة نترك تفصيلها.

{وكذا الحال إذا كان مخطئاً في طريقة التجارة} خطأً لا بالنظر إلى الواقع بل بالنظر إلى المتعارف، إذ التاجر لا يعلم الواقع.

بأن اشترى ما لا مصلحة في شرائه عند أرباب المعاملة في ذلك الوقت، بحيث لو عرض على التجار حكموا بخطئه.

السادسة عشر: إذا تعدد العامل

أما ما كان خطأً حسب المتعارف كان العقد منصرفاً عنه فيكون فضولياً، ولذا قال: {بأن اشترى ما لا مصلحة في شرائه عند أرباب المعاملة في ذلك الوقت} وإن كان مصلحة في وقت آخر، كاشتراء ملابس الصيف في الشتاء مثلاً {بحيث لو عرض على التجار حكموا بخطئه} وقوله: (ما لا مصلحة) إنما هو من باب المثال، وإلا فالحكم كذلك إذا كانت مصلحةَ مهم في قبال المصلحة الأهم، مثلاً كان اشتراء الخشب يربح عشرة، واشتراء الحديد يربح مائة، حيث يخطئون التجار من يترك الحديد إلى الخشب.

ولا يخفى أنه ليس معنى ذلك ملاحظة التجارة من دون ملاحظة الشرع، بل المربح منهما، فإذا كان التجار يحتكرون احتكاراً حراماً أو مكروهاً فلم يحتكر، لم يكن من مصاديق خلاف المصلحة حتى في المكروه، إذ اتباع أوامر الشرع هو الذي صدقه الشرع من المضاربة، نعم ربما يقال في المكروه: إنه خلاف المصلحة، لأن المالك لم يقصد ذلك والعقود تتبع القصود.

{السادسة عشر: إذا تعدد العامل} حيث قد سبق في بعض المسائل السابقة صحة تعددهما، وقد ذكره المحقق والعلامة وشراحهما.

كأن ضارب اثنين بمائة مثلا بنصف الربح بينهما متساوياً أو متفاضلاً، فإما أن يميز حصة كل منهما من رأس المال كأن يقول: على أن يكون لكل منه نصفه، وإما لا يميز، فعلى الأول الظاهر عدم اشتراكهما في الربح والخسران والجبر إلا مع الشرط

{كأن ضارب اثنين بمائة مثلاً بنصف الربح} للعاملين أو ثلثه أو غير ذلك {بينهما متساوياً أو متفاضلاً} مطلقاً، أو في الجملة، كان يكون متساوياً لهما في الصيف ومتفاضلاً بينهما في الشتاء، كل ذلك لإطلاق أدلة المضاربة.

{فإما أن يميز حصة كل منهما من رأس المال، كأن يقول: على أن يكون لكل} منهما {منه} أي من المال {نصفه} أو يقول: ليعمل زيد في النقد الذهبي، لأنه أعلم بارتفاعاته وإنخفاضاته، وليعمل عمرو في النقد الفضي، الذين كون منهما رأس المال.

{وإما لا يميز، فعلى الأول الظاهر عدم اشتراكهما في الربح والخسران والجبر} أي جبر الربح للخسران، وذلك لأنهما مضاربتان لا مضاربة واحدة، والشرع والعرف دلا على أن الأمور الثلاثة مرتبطة بكل مضاربة لنفسها {إلا مع الشرط} فيشمله إطلاق أدلة الشرط، وهذا هو الذي اختاره معظم المعلقين، منهم السيدان ابن العم والجمال، خلافاً للسيدين البروجردي والحكيم.

فقد قال الأول: لكن معه يشكل بقاء عنوان المضاربة.

وقال الثاني: الظاهر البطلان مع وحدة المضاربة.

وفيهما: إنه لا وجه للبطلان والإشكال إلا لعدم كونه مضاربة عرفية فلا تشملها الأدلة الشرعية، وفيه: إن العرف

لأنه بمترلة تعدد العقد، وعلى الثاني يشتركان فيها وإن اقتسما بينهما فأخذ كل منهما مقداراً منه، إلا أن يشترطا عدم الاشتراك فيها، فلو عمل أحدهما وربح وعمل الآخر و لم يربح أو خسر يشتركان في ذلك الربح ويجبر به خسران الآخر

يساعد على كونه مضاربة، وإنما لا يشتركان بدون الشرط {لأنه بمترلة تعدد العقد} ومع التعدد لا وجه للاشتراك، {وعلى الثاني} أي مع عدم تميز رأس المال، كما هي العادة في إعطاء المال لاثنين يعملان معاً فيه، {يشتركان فيها} أي في الربح والخسران والجبر، لأنه مضاربة واحدة عرفاً وشرعاً، والمضاربة الواحدة تكون هكذا.

{وإن اقتسما بينهما فأخذ كل منهما مقداراً منه} وتاجر فيه تجارة غير التجارة التي تاجر بها غيره، أو سافر أحدهما براً والآخر بحراً، إلى غير ذلك.

{إلا أن يشترطا عدم الاشتراك فيها} في الربح والخسران والجبر، وأشكل على مثل هذا الشرط جماعة من المعلقين، وكأنه لأنه خلاف مقتضى العقد مع أنه خلاف مقتضى الإطلاق، فالأقوى ما ذكره المصنف.

والظاهر أن الشرط يلزم أن يكون بين المالك والعاملين لا بينهما، إذ لا وجه للزوم الشرط بينهما، وإن شرطا بينهما في ضمن عقد لازم لزم باعتبار نقل بعض حصة أحدهما إلى الآخر، ومثله في تدارك الخسران من أحدهما بالربح من الآخر.

وعليه {فلو عمل أحدهما وربح وعمل الآخر و لم يربح أو خسر، يشتركان في ذلك الربح، ويجبر به خسران الآخر} فالربح لهما كما لو كانا عاملاً واحداً

بل لو عمل أحدهما وربح و لم يشرع الآخر بعدُ في العمل فانفسخت المضاربة، يكون الآخر شريكاً وإن لم يصدر منه عمل، لأنه مقتضى الاشتراك في المعاملة، ولا يعد هذا من شركة الأعمال كما قد يقال، فهو نظير ما إذا آجرا نفسهما لعمل بالشركة، فهو داخل في عنوان المضاربة لا الشركة

{بل لو عمل أحدهما وربح و لم يشرع الآخر بعدُ في العمل فـــ} فسخ أحد الثلاثة المالك أو العامل الرابح أو غيره، أو {انفسخت المضاربة} بموت ونحوه {يكون الآخر شريكاً، وإن لم يصدر منه عمل} حسب الشرط.

وقد قوى ذلك الجواهر، وأيده المستمسك، وسكت عليه معظم المعلقين منهم السادة ابن العم والجمال والبروجردي، وإن أشكل عليه بعضهم، وكأنه لأنه خلاف مقتضى المضاربة.

وفيه: ما تقدم مكرراً من أنه خلاف إطلاقه.

{لأنه مقتضى الاشتراك في المعاملة، ولا يعد هذا من شركة الأعمال} الباطلة، كما حقق في كتاب الشركة.

{كما قد يقال} بأنه من شركة الأعمال فلا تصح، وهل مراد المصنف أن بذلك قولاً منا، أو أشار به إلى قول المالك من العامة، كما في المستمسك، لايهم ذلك بعد صحته حسب مقتضى القاعدة.

{فهو نظير ما إذا آجر أنفسهما لعمل} كخياطة ثوب المستأجر {بالشركة} هذا من تتمة كما قد يقال، فكما أنه باطل كذلك المقام، وإنما لا تشبه المضاربة شركة الأعمال لما أشار إليه بقوله: {فهو داخل في عنوان المضاربة لا الشركة} ولا تلازم بين أحكام الشركة وأحكام المضاربة.

كما أن النظير داخل في عنوان الإجارة.

السابعة عشر: إذا أذن المالك للعامل في البيع والشراء نسيئة، فاشترى نسيئة وباع كذلك، فهلك المال فالدين في ذمة المالك، وللديان إذا علم بالحال أو تبين له بعد ذلك الرجوع على كل منهما

{كما أن النظير} في إجارتهما لعمل بالشركة {داخل في عنوان الإجارة} فاللازم ملاحظة قوانين الإجارة في مثل ذلك، وقد ذكرنا في بعض مباحث الفقه إلى أن العمل الواحد بغاية واحدة يمكن أن يكون صحيحاً إذا أوجبناه بمعاملة، ويكون غير صحيح إذا أوجبناه بمعاملة أخرى، كالجهالة في الصلح حيث لا تضر، بينما تضر مثلها في البيع، وذلك لأن حدود وأحكام كل معاملة تختلف مما تختلف معها الخصوصيات، وكذلك حال العقلاء في أغراضهم، حتى مع قطع النظر عن الشرع.

{السابعة عشر: إذا أذن المالك} بمقتضى إطلاق العقد، أو صريحاً وإن لم يقتض العقد ذلك {للعامل في البيع والشراء نسيئةً، فاشترى نسيئة وباع كذلك} أو فعل أحدهما {فهلك المال، فالدين في ذمة المالك} لأن المال له والعامل بمنزلة الوكيل، لكن لابد وأن تكون المضاربة مطلقة، إذ لو كانت مشروطة بتحمل العامل كل الخسارة أو بعضها فالدين يكون في ذمة العامل في الأول، ويكون بالنسبة إلى تحمل العامل في ذمته في الثاني.

{وللديان إذا علم بالحال} من الأول {أو تبين له بعد ذلك} بأنه مال المضاربة وطرفه العامل لا المالك {الرجوع على كل منهما} إن كان العامل باقياً على عمله، كما قيد به السيد البروجردي، وإلا فهو قد أصبح أجنبياً، والأجنبي لا يطالب

بعد علم الدائن بأنه لا يرتبط بالمعاملة.

{فإن رجع} الديان {على العامل وأخذ منه، رجع هو على المالك} لأنه عامل من قبله، وقد فرض أن الخسارة ليست على العامل بل على المالك، ووجه الرجوع إلى العامل مع علمه بأنه ليس له ما ذكره الجواهر من أن ذلك من أحكام ولي العقد، يعني أن العرف يرون الرجوع إلى العاقد الذي عقد ليأخذ المبيع ويعطي الثمن، ولم يثبت من الشارع الردع عنه، فيدل عليه إطلاق أدلة العقود شرعاً، وكذا الحال في الوكالة والمأذون في المعاملة ونحوهما، ولذلك بنوا على جواز الرجوع إلى كل من الوكيل والموكل، وإن علم بأنه وكيل من أول الأمر، نعم لو أبى الموكل تسليم الشيء ــ ثمناً أو مثمناً ــ للوكيل كان المدعى عليه هو الموكّل، إذ لا وجه للدعوى على الوكيل.

{ودعوى أنه مع العلم من الأول} كان ذكر الأول من باب أنه لو لم يعلم من الأول كان مغروراً، وإن تبين له بعد ذلك، و«المغرور يرجع إلى من غر».

لكن فيه أولاً: ليس كل من لم يعلم أن طرفه وكيل مغروراً، إذ أغلب الناس يبيعون في مقابل مال، ولا يهمهم أن الطرف أصيل أو وكيل، ومثل هذا لا يسمى مغروراً.

وثانياً: إنه على فرض الغرور له أن يرجع إلى المباشر إذا أبى الأصيل

ليس له الرجوع على العامل لعلمه بعدم اشتغال ذمته، مدفوعة بأن مقتضى المعاملة ذلك خصوصاً في المضاربة، وسيما إذا علم أنه عامل يشتري للغير ولكن لم يعرف ذلك الغير أنه من هو ومن أي بلد

وإلا فلا وجه للرجوع إلى المباشر وهو قادر على الرجوع إلى الأصيل وهو غير آب عن الوفاء، وعليه فالحكم كذلك إذا تبين له بعد ذلك، في غير صورة الغرور.

{ليس له الرجوع على العامل، لعلمه بعدم اشتغال ذمته} ولماذا يرجع إليه وغيره المديون، وكأنه لذا قال الشرائع: إذا اشترى لموكّله كان البائع بالخيار إن شاء طالب الوكيل وإن شاء طالب الموكل، والموجه اختصاص المطالبة بالموكل مع العلم بالوكالة، واختصاص الوكيل مع الجهل بذلك، {مدفوعة بأن مقتضى المعاملة ذلك} لما تقدم وجهه من الجواهر.

{خصوصاً في المضاربة} والمزارعة والمساقاة، لأن العامل مفوض إليه، والمالك غير مربوط بالمعاملة.

{وسيما إذا علم أنه عامل يشتري للغير ولكن لم يعرف ذلك الغير} بشخصه {أنه من هو ومن أي بلد} مثلاً، قال في المستمسك: في وجه (سيما) فإنه لو لا جواز الرجوع على العالم لم يقدم على المعاملة معه أحد، لما في ذلك من الخطر العظيم.

أقول: لا يخفى أن هذا وجه استحساني لا أنه دليل شرعي.

ولو لم يتبين للديان أن الشراء للغير، يتعين له الرجوع على العامل في الظاهر، ويرجع هو على المالك.

الثامنة عشر: يكره المضاربة مع الذمي، خصوصاً إذا كان هو العامل، لقوله: «لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمي ولا يبضعه بضاعة،

{ولو لم يتبين للديان أن الشراء للغير، يتعين له الرجوع على العامل في الظاهر} إذا أراد إنقاذ حقه، إذ لا غير في نظره صرف له، فهو من باب السالبة بانتفاء الموضوع.

{ويرجع هو على المالك} لأنه الأصيل حقيقة الذي دخل البدل في كيسه، فاللازم أن يخرج ما بإزاء البدل من كيسه حسب حكم العوض والمعوض، وإن ذكرنا في بعض المباحث السابقة أن العوضين يمكن أن يكون لهما طرفان أو ثلاثة أو أربعة، إلا أن المتعارف أولياً التقابل بين الأمرين، فيدخل العوض في كيس من خرج المعوّض من كيسه وبالعكس.

ولو لم يتمكن البائع من قبض ثمنه من العامل أو المضارب، وكانت العين موجودة استرجعها ممن عنده عاملاً أو مالكاً، لأنها عين ماله، فلا يرجع الأمر إلى البدل، مثلاً أو قيمةً.

وفي المقام مسائل كثيرة مربوطة بباب الوكالة وغيرها.

{الثامنة عشر: يكره المضاربة مع الذمي خصوصاً إذا كان هو العامل، لقوله} أي أبي عبد الله (عليه السلام) فيما رواه علي بن رئاب في الصحيح: {«لا ينبغي للرجل المسلم أن يشارك الذمي، ولا يبضعه بضاعة»[1]} فإنه يستفاد منه المضاربة، إما

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٠ الباب ١ من أبواب الشركة ح١. الوسائل: ج١٣ ص١٧٦ الباب ٢ من أبواب الشركة ح١.

إطلاقاً أو أن المنصرف منه المضاربة، إذ لا يراد بها الاصطلاح، وإن لم يسلم كلا الأمرين كان المناط محكماً {«ولا يودعه وديعة، ولايصافيه المودة✿}.

أقول: قال سبحانه: ﴿لا تَجِدُ قَوْماً يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخرِ يُوادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾[1].

وقال سبحانه: ﴿أَشِدَّاءُ عَلَى الْكُفَّارِ رُحَماءُ بَيْنَهُمْ﴾[2].

ولا ينافي هذا قول علي (عليه السلام) كما في نهج البلاغة: «الناس صنفان، إما أخ لك في دين أو نظير لك في الخلق»[3]، إذ قوله (عليه السلام) في جهة إجراء القانون، وقوله سبحانه في جهة المعاشرة، وقرينة ذلك (رحماء بينهم)، وأن علياً (عليه السلام) كان يأمر عامله مالك بذلك.

أما اشتغال علي (عليه السلام) عند بعض اليهود كما في البحار، فقد كان ذلك اضطراراً، أو استدراجاً له إلى الإسلام، كما استدرجت فاطمة (عليها السلام) عائلة يهودية بذهابها إلى عرسهم، كما في بعض التواريخ.

{وقوله (عليه السلام)} كما عن الكافي: {«إن أمير المؤمنين (عليه السلام) كره

(١) سورة المجادلة: الآية ٢٢.

(٢) سورة الفتح: الآية ٢٩.

(٣) نهج البلاغة: الخطبة ٥٢.

مشاركة اليهودي والنصراني والمجوسي إلا أن تكون تجارة حاضرة لا يغيب عنها المسلم»، ويمكن أن يستفاد من هذا الخبر كراهة مضاربة من لا يؤمن منه في معاملاته من الاحتراز عن الحرام.

التاسعة عشر: الظاهر صحة المضاربة على مائة دينار مثلاً كلياً

مشاركة اليهودي والنصراني والمجوسي إلا أن تكون تجارة حاضرة»} نقداً {«لا يغيب عنها المسلم»}[1].

ويمكن أن يكون وجه الكراهة تقوية الكفار، واحتمال الخيانة، أو ما ذكره المصنف بقوله: {ويمكن أن يستفاد من هذا الخبر كراهة مضاربة من لا يؤمن منه في معاملاته من الاحتراز عن الحرام}، وبهذا يظهر أن الذمي من باب المثال فيه يشمل كل كافر، وإن كان المناط غير مقطوع به، حيث من المحتمل أن أهل الكتاب له خصوصية في الكراهة.

وكيف كان، فقوله سبحانه: ﴿لا يَنْهاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذينَ لَمْ يُقاتِلُوكمْ فِي الدِّينِ وَ لَمْ يُخْرِجُوكمْ مِنْ دِيارِكمْ أن تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إنّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطينَ﴾[2] لا ينافي الكراهة المذكورة لأنه في قبال ﴿إنما يَنْهاكُمُ اللَّهُ﴾[3] الآية، وإن كان ربما يتوهم أن البر غير قابل للتخصيص، ومن أقسامه التجارة والشركة وما أشبه.

وكيف كان فالوقوف على النص أسلم، وأن للتسامح في أدلة السنن باباً واسعاً، والله العالم.

{التاسعة عشر: الظاهر صحة المضاربة على مائة دينار مثلاً كلياً} وإنما كان

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٧٦ الباب ٢ من أبواب الشركة ح٢.

(٢) سورة الممتحنة: الآية ٨.

(٣) سورة الممتحنة: الآية ٩.

فلا يشترط كون مال المضاربة عيناً شخصية، فيجوز إيقاعهما العقد على كلي ثم تعيينه في فرد، والقول بالمنع لأن القدر المتيقن العين الخارجي من النقدين ضعيف، وأضعف منه احتمال المنع حتى في الكلي في المعين، إذ يكفي في الصحة العمومات.

الظاهر ذلك، لإطلاق أدلة المضاربة وكون مثلها عقلائية فلا مانع منها، {فلا يشترط كون مال المضاربة عيناً شخصية، فيجوز إيقاعهما العقد على كلي ثم تعيينه في فرد} خارجي، وبذلك يظهر وجه النظر في كلام المستمسك، حيث قال: (لا يخفى أن الكلي إذا لم يكن خارجياً ولا ذمياً لم يقبل أن يكون مملوكاً، فضلاً عن أن يكون موضوعاً للمضاربة، لأن المضاربة إنما تكون من المالك) انتهى.

إذ فيه: إن الكلي حقيقة، وليس مراد المصنف الكلي الذي ليس في الخارج ولا في الذمة، وهل يمكن أن يقال بكلي ليس في أحدهما.

{و} كيف كان، فـــ {القول بالمنع لأن القدر المتيقن} من أدلة المضاربة {العين الخارجي} المشخصة {من النقدين ضعيف}، كيف والعقلاء يجرون كثيراً من معاملاتهم على الكليات، خصوصاً في النسيئة والسلف، بل وفي الكالي بالكالي وإن لم يجوزه الشرع، وأصالة عدم ترتب المضاربة التي ذكرها المستمسك لا محل لها بعد كونها عقلائية، فشتملها أدلة المضاربة الشرعية.

{وأضعف منه احتمال المنع حتى في الكلي في المعين} وقد تقدم صحتها فيه في أول الكتاب {إذ يكفي في الصحة العمومات} فالكلي المطلق والكلي في المعين والكسر المشاع والعين الشخصية كلها يصح أن يتعلق بها المضاربة.

متمم العشرين: لو ضاربه على ألف مثلاً فدفع إليه نصفه فعامل به، ثم دفع إليه النصف الآخر، فالظاهر جبران خسارة أحدهما بربح الآخر، لأنه مضاربة واحدة

ومنه يعلم صحة جعل بعض مال المضاربة أحدها وبعضها قسماً آخر، كمائة دينار نقداً ومائة كلياً، إلى غير ذلك، كما يصح جعل حصة العامل على نحو الكسر المشاع أو الكلي في المعين، فللعامل النصف من الربح بحيث إذا تلف شيء يتلف من العامل أيضاً، أو بحيث لا يتلف منه، كما تقدم الإلماع إلى ذلك.

{متمم العشرين}، الظاهر عدم صحة لفظ (متمم) وإن ذكره بعض، إذ هذا هو العشرون، لا أنه متمم له، فكما لا يصح أن يقال للدار: متمم الدار، إلا للجزء الأخير منها، لا يصح أن يقال: متمم العشرين إلا للجزء الأخير منه.

إن قلت: ذلك باعتبار أن المسائل عشرون، وهذا آخرها.

قلت: فاللازم أن يقال متمم العاشر، وهكذا، فكما أن التاسع والعاشر ونحوهما جزء، فإن صح إضافة التمم في بعضها صح في البعض الآخر، وإلا لم يصح، غاية الأمر أن يكون ذلك خلاف وحدة السياق، وكفى به خلافاً للبلاغة، ولذا لا تجد في كلام البلغاء من هذا عين ولا أثر، ومن راجع خصال الصدوق (رحمه الله) لم يجد للفظ المتمم في أخير أعداد الخصال ولا مرة واحدة.

وكيف كان {لو ضاربه على ألف مثلاً، فدفع إليه نصفه فعامل به، ثم دفع إليه النصف الآخر، فالظاهر جبران خسارة أحدهما بربح الآخر} وذلك {لأنه مضاربة واحدة} عند العرف، وإن سبق بعض نقده بعض نقده الآخر، فهو مثل الاتجار

وأما لو ضاربه على خمسمائة فدفعها إليه وعامل بها وفي أثناء التجارة زاده ودفع خمسمائة أخرى، فالظاهر عدم جبر خسارة إحداهما بربح الأخرى، لأنهما في قوة مضاربتين، نعم بعد المزج والتجارة بالمجموع يكونان واحدة.

من العامل ببعض المال مقدماً على الاتجار بالبعض الآخر، وحيث إنه عرفي شمله إطلاق الأدلة أيضاً.

{وأما لو ضاربه على خمسمائة فدفعها إليه وعامل بها، وفي أثناء التجارة زاده ودفع خمسمائة أخرى}، وإنما قال: (وعامل بها) لأنه إذا لم يعامل وجعلا بعد دفع الثانية الدفعين معاملة واحدة كانا مضاربة واحدة أيضاً.

{فالظاهر عدم جبر خسارة إحداهما بربح الإخرى} لما عرفت من أنهما مضاربتان، فلا وجه لجبر أحدهما بالآخر، فقوله: {لأنهما في قوة مضاربتين} ليس على ما ينبغي، فإنهما مضاربتان حقيقة، كما أن الخيانة في أحدهما لا يوجب جريان أحكام الخيانة بالنسة إلى الأخرى، إذ لا ربط بينهما، فقول ابن العم: (بل الظاهر الجبران)، كأنه يريد ما ذكرناه من قصدهما كون المجموع مضاربة واحدة، فإن العقود تتبع القصود.

{نعم بعد المزج والتجارة بالمجموع يكونان واحدة} إذ الغالب قصدهما ذلك، وإلا لم يكن له وجه، ولذا قال المستمسك: المزج لا يستوجب ذلك كالمزج بمال الغير.

ولو اختلفا في قصد الوحدة والاثنينية بعد ذلك، فالقول قول منكر الاثنينية، إذ فسخ الأولى وإنشاء غيرها برأس مال واحد خلاف الأصل.

والحمد لله أولاً وآخراً، وظاهراً وباطناً.

سبحان ربك رب العزة عما يصفون، وسلام على المرسلين، والحمد لله رب العالمين، وصلى الله على محمد وآله الطيبين الطاهرين.

قم المقدسة

٢١/ شوال /١٤٠١ هـ

محمد بن المهدي الحسيني الشيرازي

كتاب المزارعة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، ولعنة الله على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

كتاب المزارعة

وهي المعاملة على الأرض بالزراعة بحصة من حاصلها

كتاب المزارعة

وهي مفاعلة، الأصل فيها أن يكون من الطرفين مثل المقاتلة والمصالحة والمرافعة وما أشبه، حيث إن الطرفين يشتركان في الزارعة، أحدهما آمراً والآخر عاملاً، كما يشتركان في القتل والصلح ورفع النزاع إلى الحاكم، إلى غير ذلك.

أما ما ذكره المستمسك من أنه السعي نحو الفعل، فيرد عليه بالإضافة إلى أنه خلاف المتفاهم عرفاً، والمصرح به في كتب اللغة والفقه، أنه لو كان كذلك لزم صحة أن يقال: قاتل زيد عمرواً، إذا سعى لقتله وكان عمرو نائماً فقتله، أو سعى لصلحه أو ما أشبه ذلك، مع وضوح أنه ليس كذلك.

ولذا قال في محكي جامع المقاصد: لا شك أن الزراعة في لسان أهل اللغة مفاعلة من الزرع، وهذا المعنى يتحقق في المعنى الشرعي، لأن المعاملة المذكورة يقارنها الزرع من المتعاملين وإن كان بمباشرة أحدهما، لأن الآخر بأمره إياه زارع.

وقد سبق في كتاب المضاربة من هذا الشرح تفصيل ذلك فراجع.

{وهي المعاملة على الأرض بالزراعة بحصة من حاصلها} وهذا التعريف هو المشهور

بينهم المحكي عن المبسوط وكتب الفاضلين والشهيدين وغيرهم.

نعم علق المهذب وفقه الراوندي أن المزارعة استيجار الأرض ببعض ما يخرج منها.

قال في مفتاح الكرامة: وكأنهما يذهبان إلى أنها نوع خاص من الإجارة.

أقول: الظاهر من الأخبار والفتاوى وعمل العرف أنها قسم جديد من العقد، لا أنها نوع من الإجارة، فمن أحدهما الأرض ومن الآخر العمل والعوامل والبذر وما أشبه.

وبذلك يظهر الفرق بينها وبين الإجارة، فإن إجارة الأرض لا يملك موجرها على مستأجرها شيئاً غير الأجرة، وهنا يملك الموجر لها مضافاً إلى الحصة لأن يعمل العامل، وليس له الامتناع عن العمل.

كما أنها تفترق عن إجارة الأجير بأن في إجارة الأجير لا يملك الأجير على المستأجر شيئاً غير الأجرة، وهنا يملك على مالك الأرض بذل الأرض، مضافاً إلى الحصة، كذا في المستمسك.

وجعل السيد البروجردي الأقرب كونها من المشاركات.

وكيف كان، فالحقيقة الشرعية والعرفية هي ما ذكرها الفقهاء، ولا يهم بعد ذلك القوالب والاصطلاحات.

{وتسمى مخابرة أيضاً، ولعلها من الخبرة} على وزن غرفة {بمعنى النصيب، كما} قال في القاموس: الخبرة النصيب تأخذه من لحم أو سمك، وهذا الوجه {يظهر من مجمع البحرين} وغيره أيضاً، والظاهر أن الأصل واحد فيهما

ولا إشكال في مشروعيتها بل يمكن دعوى استحبابها لما دل على استحباب الزراعة بدعوى كونها أعم من المباشرة والتسبيب

إذ تسمية النصيب خبرة أيضاً من الخبر، كما ذكرناه في هذا الشرح وغيره من وحدة الأصل في كل المشتقات من مادة واحدة.

قال في المسالك: (إما من الخبير وهو الأكّار، أو من الخبارة وهي الأرض الرخوة، أو مأخوذة من معاملة النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) لأهل خيبر).

أقول: والأظهر الأول، فإن الثالث بعيد جداً، أو خلاف اشتقاق اللفظ، والثاني أيضاً بحاجة إلى الفحص عن أصله، إذ لماذا تسمى الأرض الرخوة خبارة، فلم يبق إلا الأول.

{ولا إشكال في مشروعيتها} بل عن المبسوط والسرائر جائزة عندنا، وقد نقل عدم الخلاف فيه في مفتاح الكرامة عن الخلاف وفقه الراوندي والغنية والتذكرة والمهذب البارع والتنقيح ومجمع البرهان والمسالك.

أما إشكال بعض الاقتصاديين المائلين إلى الشرق، فيها وفي المضاربة والمساقاة بأنها استثمار الإنسان، فقد عرفت جوابه في كتابي المضاربة والاقتصاد.

{بل يمكن دعوى استحبابها} وقد تكون واجبة كما ذكروا في باب الصناعات {لما دل على استحباب الزراعة، بدعوى كونها أعم من المباشرة والتسبيب} هذا بالنسبة إلى مالك الأرض، لا بالنسبة إلى العامل الزارع، فإنه لا شك في استحبابه.

نعم إن لم نقل بشمول روايات الباب لمالك الأرض فلا شك في أنه من

ففي خبر الواسطي قال: سألت جعفر بن محمد (عليهما السلام) عن الفلاحين، قال: «هم الزارعون كنوز الله في أرضه، وما في الأعمال شيء أحب إلى الله من الزراعة، وما بعث الله نبياً إلا زارعاً

باب التعاون وباب التجارة وغيرهما مما هو مستحب أيضاً، أو يقال: بأن المزارعة مقدمة مستحب، ومقدمته مستحبة، وإن لم نقل بأن مقدمة الواجب والحرام واجبة ومحرمة.

{ففي خبر الواسطي، قال: سألت جعفر بن محمد (عليهما السلام) عن الفلاحين} ما شأنهم؟ {قال: «هم الزارعون»} لعله (عليه السلام) أراد أن يشير إلى قوله: ﴿ءأنتم تزرعونه أم نحن الزارعون﴾ فكأنه (عليه السلام) قال: هم الذين ذكرهم الله في كتابه في مقام التمجيد، لأنهم يتخلقون بأخلاق الله سبحانه، كما قال (عليه السلام): «تخلقوا بأخلاق الله».

{«كنوز الله في أرضه»} فكما أن الكنز مال مذخور كذلك الفلاح أدخره الله، فكل من الكنز والزارع يعطي الناس الخير والرزق، أو سمي كنزاً بعلاقة السبب والمسبب، لأن الزارع يستخرج كنز الثمار والفواكه المودعة في الأرض.

{«وما في الأعمال شيء أحب إلى الله من الزراعة»} بالنسبة إلى أعمال المعاش، أو كل الأعمال حتى العبادة، ووجهه أن يعطي رزق ذوي الأرواح الذي فيه بقاؤهم.

{«وما بعث الله نبياً إلا زارعاً»} قبل نبوته، ولعل السر ما يأتي من عدم كرههم قطر السماء، وفي ذلك قبول رحمة الله من المطر، ومن هذا الحديث يستفاد

إلا إدريس (عليه السلام) فإنه كان خياطاً».

وفي آخر، عن أبي عبد الله (عليه السلام): «الزارعون كنوز الأنام، يزرعون طيباً أخرجه الله وهم يوم القيامة أحسن الناس مقاماً،

أن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) كان أيضاً زارعاً مدة من عمره، فإن في أطراف مكة المكرمة واحات يزرع فيها، ولذا ورد في كتاب الحج مسألة قطع شجر الحرم ونبته، ولعل سر زرع الإمام أمير المؤمنين (عليه السلام) وبعض الأئمة (عليهم السلام) كان اقتداءً بالأنبياء (عليهم السلام)، أو كان لأجل أنه أحب عمل إلى الله سبحانه.

{إلا إدريس (عليه السلام) فإنه كان خياطاً»[1]} ولا ينافي ذلك رعي موسى (عليه السلام)، ونبي الإسلام (صلى الله عليه وآله)، وصناعة داود (عليه السلام)، إذ لا مفهوم للّقب.

{وفي} خبر {آخر، عن أبي عبد الله (عليه السلام): «الزارعون كنوز الأنام»} بالمعنى المتقدم للكنز {«يزرعون طيباً»} فإن كل الأشجار طيبة، فهي غذاء أو دواء حتى الحنظل والشوك {«أخرجه الله»} فإن الزارع يفعل المعد، وإنما الزراع حقيقة هو الله كسائر الأعمال، ولذا قال سبحانه: ﴿وما رميت إذ رميت ولكن الله رمى﴾.

{«وهم يوم القيامة أحسن الناس مقاماً»} إما لأن فيهم الأنبياء (عليهم السلام) وإما المراد أحسن من غيرهم من ذوي الأعمال.

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠١ الباب ٢ من أبواب المزارعة ح٣.

وأقربهم منزلة يدعون المباركين».

وفي خبر عنه (عليه السلام) قال: سئل النبي (صلى الله عليه وآله وسلم): أي الأعمال خير، قال: «زرع يزرعه صاحبه وأصلحه وأدى حقه يوم حصاده»، قال: فأي الأعمال بعد الزرع، قال: «رجل في غنم له قد تبع بها مواضع القطر يقيم الصلاة،

{«وأقربهم منزلة»} وقرباً إلى رحمة الله {«يدعون»} هناك {«المباركين»}[1]، لبركتهم، وقد ذكرنا معنى البركة في فقه: الاقتصاد.

{وفي خبر عنه (عليه السلام) قال: سئل النبي (صلى الله عليه وآله وسلم): أي الأعمال خير، قال: «زرع يزرعه صاحبه وأصلحه»} حتى أثمر {«وأدى حقه يوم حصاده»}[2] إما الزكاة أو حق الحصاد كما تقدم في كتاب الزكاة، قال سبحانه: ﴿وآتوا حقه يوم حصاده﴾.

{قال: فأي الأعمال بعد الزرع} خير، {قال: «رجل في غنم له قد تبع بها مواضع القطر»} كما هي العادة في أصحاب الأغنام، حيث يتتبعون مواضع الأمطار لأجل الماء والعشب، ولعل خيريته من جهة عدم كراهة قطر السماء، ولأجل أنهم يكدحون كثيراً، وأنهم أكثر تطلباً لرحمة الله وملاحظة لآيات الله في السماء والأرض.

{«يقيم الصلاة»} بأن كان مسلماً مبالياً، ولذا قال (صلى الله عليه وآله وسلم):

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٩٤ الباب ٣ من أبواب المزارعة ح٧، وأيضاً ج١٢ ص٢٥ الباب ١٠ من أبواب التجارة ح٣.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٩٤ الباب ٣ من أبواب المزارعة ح٨.

ويؤتي الزكاة» قال: فأي المال بعد الغنم خير، قال (صلى الله عليه وآله وسلم): «البقر يغدو بخير ويروح بخير»، قال: فأي المال بعد البقر خير، قال (صلى الله عليه وآله وسلم): «الراسيات في الوحل المطعمات في المحل، نعم المال النخل من باعها فإنما ثمنه بمنزلة رماد

{«ويؤتي الزكاة»} فإن في الغنم زكاة {قال: فأي المال بعد الغنم خير، قال (صلى الله عليه وآله وسلم): «البقر يغدو»} صباحاً إلى محل الماء والعشب {«بخير»} حيث إنه يذهب ابتغاء الرزق {«ويروح بخير»} حيث يرجع باللبن، ولم يذكر (صلى الله عليه وآله وسلم) الصلاة والزكاة هنا وفي الزرع، لأنهما مخالطان لأهل المدن غالباً فيؤثر فيهم الدين، بينما أصحاب الأغنام في الصحاري غالباً فيحتاجون إلى إلفات أكثر.

{قال: فأي المال بعد البقر خير، قال (صلى الله عليه وآله وسلم): «الراسيات»} أي الثابتات {«في الوحل»} الطين {«المطعمات»} بالتمر {«في المحل»} القحط، فإن الحيوانات تموت والمزارع تجف لعدم الماء، بينما النخيل تثمر لأن جذورها تجمع من ماء الأرض.

وقوله: (بعد) إما لترتيب الكلام أو للبعدية في الخير، وعلى الثاني فكان النخل أقل بركة من ما ذكر قبله.

{«نعم المال النخيل»} لأنه قطعه خير بتمره ونواه وسعفه وغيرهما، وفي العراق يصنع من النخل أكثر من خمسين قسماً من الأطعمة والحوائج كالدبس والحلوا والحصير والمروحة إلى غير ذلك.

{«من باعها»} بيان لكراهة بيع النخل بدون تبديل {«فإنما ثمنه بمنزلة رماد

على رأس شاهق اشتدت به الريح في يوم عاصف إلا أن يخلف مكانها» قيل: يا رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فأي المال بعد النخل خير، فسكت، فقام إليه رجل فقال له: فأين الإبل، قال (صلى الله عليه وآله وسلم): «فيها الشقاء والجفاء والعناء وبعد الدار تغدو مدبرة

على رأس شاهق»} مرتفع {«اشتدت به الريح في يوم عاصف»} شديد الرياح، لأن ثمن المباع يذهب بسرعة فلم يبق مثمن ولا ثمن، فمن الأفضل عدم بيعه.

{«إلا أن يخلف مكانها»}[1] بأن يشتري مكانها نخيلاً أو مثل الدار ونحوه، حيث يحرز المال عن التلف.

{قيل: يا رسول الله (صلى الله عليه وآله) فأي المال بعد النخل خير، فسكت} علامة أنه لا شيء، وواضح أن الكلام كان في المجتمع الزارعي، فإن المدينة المنورة كانت كذلك.

{فقام إليه (صلى الله عليه وآله وسلم) رجل فقال له: فأين الإبل، قال (صلى الله عليه وآله وسلم): «فيها الشقاء والجفاء والعناء»} يشقي الإنسان به لأتعابه الكثيرة، ويجفو الإبل صاحبه لأنه عنود غضوب، وفيه العناء والمشقة.

{«وبعد الدار»} إما لأن أهل الإبل مجبورون أن يعيشوا في الصحاري، أو لأن محل آباءهم بعيد عن مسكنهم الذي هو في المدينة {«تغدو مدبرة وتروح مدبرة»} أي مدبرة عن صاحبها، لما على صاحبها من المشقة في إذهابها إلى الصحراء والماء وإرجاعها إلى محالها.

(١) المستدرك: ج٢ ص٥١٠ الباب ١ من أبواب المزارعة ح١، وانظر الوسائل: ج١٣ ص١٩٢ الباب ١ من أبواب المزارعة ح١.

وتروح مدبرة لا يأتي خيرها إلا من جانبها الأشئم، أما إنها لا تعدم الأشقياء الفجرة».

وعنه (عليه السلام): «الكيمياء الأكبر الزراعة».

وعنه (عليه السلام): «إن الله جعل أرزاق أنبيائه في الزرع والضرع».

{«لا يأتي خيرها»} كالركوب والنتاج واللبن {«إلا من جانبها الأشئم»} كناية عن تلاطم ذلك مع الشوم، أي الصعوبة في الاستفادة منها.

{«أما إنها»} الإبل {«لا تعدم الأشقياء الفجرة»}[1]، فإنهم حيث لا يهتمون بالموازين الإسلامية يتخذون الإبل.

أقول: الأحاديث المرتبطة بأمثال ذلك كلها للإرشاد إلى الأفضل، لا المنع عن غير الأفضل، ومثلها أحاديث المسكن والزوجة والأطعمة والحيوانات وغيرها، فليس معنى كراهة الزواج بالقسم الفلاني من النساء أن تبقي هي فارغة عانسة، بل معناها اختيار غيرها عليها إذا دار الأمر بينهما، كما يقال: اشتر الفاكهة الجيدة إذا ذهبت إلى السوق.

{وعنه (عليه السلام)} قال: {«الكيمياء الأكبر الزراعة»}[2] فإن فائدته أكثر من فائدة الكيمياء الذي يذهب النحاس، وهل رأى أحد جزءاً من ألف جزء من فائدة الزراعة في الكيمياء.

{وعنه (عليه السلام)} قال: {«إن الله جعل أرزاق أنبيائه في الزرع والضرع»}

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠١ الباب١ من أبواب المزارعة ح١.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٩٤ الباب٣ من أبواب المزارعة والمساقاة ح٨.

كيلا يكرهوا شيئاً من قطر السماء».

وعنه (عليه السلام) أنه سأله رجل فقال له: جعلت فداك أسمع قوماً يقولون إن المزارعة مكروهة، فقال (عليه السلام): «ازرعوا فلا والله ما عمل الناس عملاً أحل ولا أطيب منه»، ويستفاد من هذا الخبر ما ذكرنا من أن الزراعة أعم من المباشرة والتسبيب

الأنعام الثلاثة بعلاقة الجزء والكل {«كيلا يكرهوا شيئاً من قطر السماء»}[1]، هذا غالبي كما لا يخفى فيهم، إذ من غيرهم أيضاً من لا يكره القطر، وفيه: إذ القطر الضار ليس مما لا يكره، وقد ذكرنا وجه هذه العلة في أول الأحاديث.

{وعنه (عليه السلام)، أنه سأله رجل فقال له: جعلت فداك أسمع قوماً يقولون إن المزارعة مكروهة، فقال (عليه السلام): «ازرعوا»} إما المراد الزارع أو صاحب أرض الزراعة {«فلا والله ما عمل الناس عملاً أحل ولا أطيب منه»}[2] فإن المكاسب يتطرق إليها الحرام بالربا والغش والاحتكار وما أشبه، كما أنها كثيراً ما لا تكون طيبة للفساد الساري فيه، مثل فساد اللحم وضرر الألبسة والأواني وغيرها.

{ويستفاد من هذا الخبر ما ذكرنا من أن الزراعة أعم من المباشرة والتسبيب} إن قلنا بأن السائل سأل عن فعل مالك الأرض مع أنه محتمل للأمرين، بل ربما يقال بأن ظاهر (ازرعوا) فعل العامل لا المالك، ولعله لذا تأمل في الاستفادة المذكورة بعض الفقهاء.

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٩٣ الباب ٣ من أبواب المزارعة والمساقاة ح١.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص١٩٣ الباب ٣ من أبواب أحكام المزارعة ح١.

وأما ما رواه الصدوق مرفوعاً، عن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) أنه نهى عن المخابرة، قال: وهي المزارعة بالنصف أو الثلث أو الربع، فلا بد من حمله على بعض المحامل لعدم مقاومته لما ذكر

نعم يمكن استحباب المزراعة من فعل رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) حيث قبل خيبر ببعض حاصلها[1]، كما سيأتي بالإضافة إلى ما تقدم.

نعم في بعض النسخ (الزارعة) مكان (المزارعة) فلا ربط له بالمقام.

{وأما ما رواه الصدوق} في معاني الأخبار {مرفوعاً، عن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) أنه نهى عن المخابرة، قال: وهي المزارعة بالنصف أو ثلث أو الربع[2]، فلابد من حمله على بعض المحامل لعدم مقاومته لما ذكر} مثل أن أمثالهم كثيراً ما يظلمون الفلاحين.

فقد روى ابن أبي يعفور، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «من زرع حنطة في أرض فلم يدرك زرعه، أو خرج زرعه كثير السعير فبظلم عمله في رقبة الأرض، أو بظلم المزارعة وأكرته، لأن الله يقول: ﴿فَبِظُلْمٍ مِنَ الَّذينَ هادُوا حَرَّمْنا عَلَيْهِمْ طَيِّباتٍ أُحِلَّتْ لَهُمْ﴾[3] يعني لحوم الإبل والبقر والغنم»[4].

وإن كان المراد عمل الفلاح، فلعل السر أنهم كثيراً ما لا يبالون بدينهم، لما رواه كتاب الغايات، عن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) أنه قال: «شرار الناس

(١) الوسائل: ج١٣ ص١٩٩ الباب ٨ من أبواب أحكام المزارعة ح١.

(٢) معاني الأخبار: ج١ ص٢٧٨ باب معنى المحاقلة والمزابنة ح١.

(٣) سورة النساء: الآية ١٦٠.

(٤) تفسير العياشي: ج١ ص٢٨٤ ح٣٠٤.

وفي مجمع البحرين: وما روي من أنه (صلى الله عليه وآله وسلم) نهى عن المخابرة، كان ذلك حين تنازعوا فنهاهم عنها.

ويشترط فيها أمور:

أحدها: الإيجاب والقبول، ويكفي فيها كل لفظ دال، سواء كان حقيقةً أو مجازاً مع القرينة

الزارعون والتجار إلا من شح منهم على دينه»[1].

{وفي مجمع البحرين: وما روي من أنه (صلى الله عليه وآله وسلم) نهى عن المخابرة، كان ذلك حين تنازعوا فنهاهم عنها}[2] فالنهي لأجل الظلم، أو عدم إعطاء الحق، أو عدم الالتزام بالدين، أو لأجل التزاع.

{و} كيف كان، فـــ {يشترط فيها أمور} وإن كان في اشتراط بعضها تأمل كما سيأتي.

{أحدها: الإيجاب والقبول} لأنها عمل طرفين، وكل عمل كذلك لابد فيه ذلك، حيث إن العرف يراه والشارع لم يردع عنه، وإلى ذلك يرجع كلام الجواهر وغيره في تعليلهم الاحتياج إليهما بأنها من العقود بلا خلاف، بل الإجماع بقسميه عليه.

{ويكفي فيهما كل لفظ دال، سواء كان حقيقةً أو مجازاً مع القرينة} لإطلاق الأدلة بعد أن العقلاء يرون كفاية كل ذلك و لم يغيره الشارع.

---

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٤ الباب ١٨ من أبواب نوادر المزارعة ح٢.

(٢) مجمع البحرين: ج٣ ص٢٨٢ كتاب الراء مادة (خبر).

كزارعتك أو سلمت إليك الأرض على أن تزرع على كذا، ولا يعتبر فيهما العربية، ولا الماضوية، فيكفي الفارسي وغيره والأمر، كقوله: ازرع هذه الأرض على كذا

ومنه يعلم عدم لزومه القرينة، إذ لا دليل عليها، فإذا فهم الطرفان مرادهما باللفظ المشترك، أو المجاز مع القرينة كفى، إذ المعيار القصد مع المظهر، وقد حصل المظهر.

ومنه يعلم أن قول بعض المعلقين: (على نحو يكون ظاهراً في المطلوب) غير ظاهر الوجه.

{كزارعتك، أو سلمت إليك الأرض على أن تزرع على كذا} كما ذكر الأول الفاضلان والشهيدان وغيرهم، وذكروا أنهما من باب المثال، فيصح مثل: سلمتها إليك وأعطيتها لك وقبلتها لتعمل كذا، إلى غير ذلك، كما ذكر بعض تلك الألفاظ جملة منهم.

{ولا يعتبر فيهما العربية} للأصل بعد الإطلاقات {ولا الماضوية} لذلك، وقد ذكرنا في بعض مباحث الفقه عدم اشتراطهما في أي عقد إلا ما قام عليه دليل خاص.

{فيكفي الفارسي وغيره} من اللغات، بل الظاهر كفاية الأشارة لاعتماد العقلاء عليها، ولا دليل خاص من الشرع على خلافها، و«إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام» قد أجيب عنه في باب المعاطاة.

{والأمر كقوله: ازرع هذه الأرض على كذا} كما ذكره الشرائع، وتبعه

التذكرة والتحرير والإرشاد ومجمع البرهان والكفاية، كما حكي عنهم، وعن الرياض أنه مذهب الأكثر، وعن الروضة أنه المشهور.

وفي القواعد: أو ازرع هذه الأرض على إشكال.

لكن عن ظاهر الشرائع والتحرير والإرشاد في كتاب المساقاة عدم الاكتفاء به.

كما حكى مفتاح الكرامة عدم الصحة عن الإيضاح واللمعة وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد والروض والمسالك والروضة والرياض.

والأقوى الأول، لما عرفت من أنه وفق القاعدة، بالإضافة إلى صحيحة يعقوب بن شعيب، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل يعطي الرجل أرضه فيها ماء (رمان، خ ل) أو نخل أو فاكهة، ويقول: اسق هذا من المال واعمره ولك نصف ما أخرجه الله عزوجل، قال (عليه السلام): «لا بأس»[1]، بضميمة فهم عدم الخصوصية.

وفي خبر ابن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام)، فيما رواه محمد بن عيسى في نوادره، أنه سئل عن مزارعة المسلم المشرك، يكون من المسلم البذر جريب من طعام أو أقل أو أكثر، فيأتيه رجل آخر فيقول: خذ مني نصف البذر ونصف النفقة وأشركني، قال: «لا بأس»[2]، الحديث.

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٠٢ الباب ٩ من أبواب المزارعة ح٢.

(٢) المستدرك: ج٢ ص٥٠٣ الباب ١٠ من أبواب المزارعة ح١.

وخبر الدعائم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، أنه سئل عن رجل أكرى أرضاً فقال له رجل: خذ مني نصف البذر ونصف نفقتك وأشركني في الزرع واتفقا على ذلك، فقال (عليه السلام): «هو جائز»[1].

أما قول المسالك: إن المجيزين أجازوا الأمر استناداً إلى رواية أبي الربيع الشامي والنضر بن سويد، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، وهما قاصرتان عن الدلالة على ذلك، فالاقتصار على لفظ الماضي أقوى، فكأنه أراد من جهة اشتمالها على لفظ المضارع مما يدل على عدم خصوصية الماضي فيشمل بالمناط الأمر أيضاً.

ومراده بالروايتين: ما رواه الشيخ والصدوق عن الشامي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، أنه سئل عن الرجل يزرع أرض رجل آخر فيشترط عليه ثلثاً للبذر وثلثاً للبقر، فقال (عليه السلام): «لا ينبغي أن يسمي بذراً ولا بقراً، ولكن يقول لصاحب الأرض: ازرع في أرضك ولك منها كذا وكذا نصفاً وثلثاً وما كان من شرط، ولا يسمي بذراً ولا بقراً، فإنما يحرم الكلام»[2].

والثاني: رواية الكليني والشيخ، عن النضر بن سويد، عن عبد الله بن سنان، أنه قال في الرجل يزارع فيزرع أرض غيره فيقول: ثلث للبقر وثلث للأرض، قال: «لا يسمي شيئاً من الحب والبقر، ولكن يقول: ازرع فيها كذا وكذا إن

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٣ الباب ١١ من أبواب المزارعة ح١.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص٢٠٠ الباب ٨ من أبواب المزارعة ح٦.

شئت نصفاً وإن شئت ثلثاً»[1].

ومثلهما في الدلالة: رواية أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره، عن ابن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: في رجل زرع أرض غيره فقال: ثلث للأرض وثلث للبقر وثلث للبذر، قال: «لا يسمي بذراً ولا بقراً ولكن يقول: ازرع فيه كذا، إن شئت نصفاً أو ثلثاً» وقال: «المزارعة على النصف جائزة، قد زارع رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) على أن عليهم المؤنة»[2].

وروى الدعائم، عنه (صلى الله عليه وآله وسلم) أنه قال: «لا بأس بالمزارعة بالثلث والربع والخمس وأقل وأكثر مما يخرج إذا كان صاحب الأرض لا يأخذ الرجل المزارع إلا بما أخرجت، ولا ينبغي أن يجعل للبذر نصيباً، ولكن يقول لصاحب الأرض: ازرع في أرضك ولك مما أخرجت كذا وكذا»[3].

نعم يمكن أن يستفاد الأمر من ما رواه أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره، عن ابن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام)، أنه سئل عن مزارعة المسلم المشرك، يكون من المسلم البذر جريب من طعام أو أقل أو أكثر، فيأتيه رجل آخر فيقول: خذ مني نصف البذر ونصف النفقة وأشركني، قال: «لا بأس»، قلت: الذي زرعه في الأرض لم يشتره إنما هو شيء كان عنده، قال: «يقومه قيمة كما

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٠٠ الباب ٨ من أبواب المزارعة والمساقاة ح٥.

(٢) المستدرك: ج٢ ص٥٠٢ الباب ٦ من أبواب المزارعة والمساقاة ح٣.

(٣) المستدرك: ج٢ ص٥٠٢ الباب ٦ من أبواب المزارعة والمساقاة ح٢.

يباع يومئذ ثم يأخذ نصف القيمة ونصف النفقة ويشاركه»[1].

وإذ قد عرفت اقتضاء القاعدة الصحة، ووجود الأمر وإن كان من العامل، والمضارع الذي يفهم منه الأمر أيضاً بالمناط، كما ذكره الإيضاح من فهم الأمر من المضارع بالأولوية، وعدم القول بالفصل بينهما، كان اللازم القول بصحة الأمر، سواء كان من المزارع أو العامل.

وسيأتي صحة الإيجاب من أيهما كان، بل قال بعضهم بصحته في النكاح، لما دل على أنه قال رجل للرسول (صلى الله عليه وآله وسلم): زوّجني، فزوّجها إياه رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم)[2].

والوجه في صحة كل من الماضي والمضارع والأمر: أن الإنسان إذا ملك شيئاً سواء كان ذلك الشيء خارجياً كالعقار والأثاث، أو اعتبارياً مثل مُلك إعطاء الرئيس الاعتبار لورقة باعتبار أنه نقد رائج في البلد كان له رفع يده عنه بإعطائه لغيره، وهذا الإعطاء يصح بأي من الألفاظ الثلاثة عرفاً، كما يصح بغيرها من الكنايات والإشارات والمجازات، والجامع وجود حاك عن الإعطاء، وهذه القاعدة العقلائية لم يغيرها الشارع إلا في ما دل الدليل عليه، والمقام من المستثنى منه لا المستثنى، فإذا كانت السلطة للطرفين كان عقداً، لأن كل واحد منهما

(١) المستدرك: ج٢ ص٥٠٣ الباب ١٨ من أبواب المزارعة والمساقاة ح١.

(٢) الوسائل: ج١٤ ص١٩٥ الباب ٢ من كتاب عقد النكاح ح٣.

يحتاج إلى رفع سلطته في مقابل رفع الآخر لسلطته، وإذا كانت لطرف واحد كالعتق والطلاق كان إيقاعاً، وبذلك ظهر مواقع النظر في كلام المستمسك فراجع.

{أو المستقبل} كما تقدم في النص، وتقتضيه القاعدة، ولا فرق في المستقبل بين الخطاب وغيره، كما إذا قال مالك الأرض: يزرع زيد العامل كذا بكذا، فلما علم قال: قبلت، أو قال الزارع: أزرعُ أرض فلان بكذا، فلما سمع المالك قال: قبلت، وذلك لأن العرف يرى ذلك مزارعة، ولا دليل على ردع الشارع.

{أو الجملة الإسمية مع قصد الإنشاء بها} مثل قوله: إني مزارع معك هذه الأرض على كذا.

أما إذا قال: من زرعه فله كذا، فهو جعالة،

والدليل على صحة الجملة الإسمية والفعلية ما تقدم في الأمر والمستقبل.

{وكذا لا يعتبر تقديم الإيجاب على القبول} حيث إن القبول تأثر باختيار للأثر، ولا يعقل تأخر المؤثر من المتأثر، ولابد وأن يراد القبول العرفي، فإذا قال الخياط: إني أقبل أن أخيط قباءك، فقال: نعم خط لي، تقدم القبول العرفي على الإيجاب، فإذا كان القبول كاشفاً عما سيفعله بعد إيجابه لم يكن ذلك طرفاً للعقد، إذ هو إخبار لا إنشاء، والعقد إنشاء وليس بإخبار عن الماضي والمستقبل.

أما إذا كان إنشاءً لما يكون في طرف القابل بهذا اللفظ أو إنشاءً بهذا اللفظ لطرف العقد، إذ لا يلزم في العقد إلا إعطاء كل طرف ما له عطاؤه كما تقدم

سواء جعلاه بإنشاء الإيجاب والقبول، أو بانشاءين متقابلين، فقد كفى، ولذا تقدم عن المصنف الاحتياج إلى قصد الإنشاء.

{ويصح الإيجاب من كل من المالك والزارع} كما في كل العقود كذلك، إلا إذا قيل بالإجماع في النكاح، إذ لا خصوصية لكون أحدهما موجباً والآخر قابلا حتى في البيع بالنقد، فيبيع الدينار بمنّ حنطة، أو بالعكس، أو ينشأ كل إعطاء ما عنده بمقابل ما عند الآخر، وقد ذكرنا في بعض المباحث أنه لو لا الإجماع أمكن ذلك في النكاح أيضاً، لأنه في الحقيقة إعطاء كل منهما نفسه في قبال إعطاء الآخر نفسه، فلا وجه عقلي للالتزام بكون المرأة موجبة والرجل قابلاً، بل يمكن العكس.

وكذلك يمكن التعاطي.

ويدل على إيجاب الزارع الروايات الأربعة المتقدمة الواردة بلفظ (ازرع).

{بل يكفي القبول الفعلي} من المالك والزارع {بعد الإيجاب القولي} من الطرف الآخر {على الأقوى}، فيقول المالك: أعطيك هذه الأرض لأن تزرعها إلخ، فيتسلم الزارع الأرض ويشتغل بالعمل فيها، أو يقول الزارع: إني آخذ هذه الأرض لأزرعها إلخ، فيخرج المالك من الأرض بقصد تخليتها للزارع ويتسلمها الزارع.

وكفاية القبول الفعلي مذكورة في القواعد، ونقلها مفتاح الكرامة عن تعليق الإرشاد ومجمع البرهان والكفاية، قال: لحصول الدلالة به على الرضا.

أقول: أي إنشاء العقد بالرضا، لوضوح أن الرضا وحده ليس عقداً، خلافاً

وتجري فيها المعاطاة وإن كانت لا تلزم إلا بالشروع في العمل.

لما عن التذكرة والإرشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والرياض، حيث قالوا بأنه لابد من القبول اللفظي، لأنه لم يثبت كون الفعلي سبباً ملزماً عند الشارع.

أقول: حيث إن الشارع لم يصرح بما يخالف العرف، والعرف يرى الكفاية كان ذلك ممضي من الشارع.

{وتجري فيها المعاطاة} كما يظهر من كلماتهم، ونص عليه الجواهر، ويدل عليه ما ذكروه في كتاب البيع من شمول الأدلة العاملة للمعاطاة، والمعاطاة هنا أن يعطي صاحب الأرض للزارع، إذ لا طرفين في التعاطي.

أما قوله: {وإن كانت لا تلزم إلا بالشروع في العمل} ففيه: إنه أول الكلام، إذ لو صدق العقد، كما يصدق عرفاً، لا وجه لعدم لزومها.

وإن استدل له المستمسك بقوله: للإجماع على عدم لزوم المعاطاة إلا بالتصرف المانع من الرد، فإن الإجماع مخدوش صغرى وكبرى.

ولا فرق في اللزوم بين أن يكون الطرفان عملاً، أو كان أحدهما لفظاً، مع أن ظاهر القواعد وغيره تحقق اللزوم بالثاني، قال العلامة فيه: (ولابد فيها من إيجاب)، إلى أن قال: (ومن قبول وهو كل لفظ أو فعل دل على الرضا، وهو عقد لازم من الطرفين لا يبطل إلا بالتقايل) إلخ، وظاهره أن الحكم اللزوم، وإن كان من أحدهما الفعل.

وقال في مفتاح الكرامة: (صحة القبول بالفعل ولزوم العقد به خيرة تعليق الإرشاد ومجمع البرهان والكفاية)، ثم قال مفتاح الكرامة: (تسمية ما اشتمل على القبول الفعلي عقداً مسامحة، وإنما هو معاطاة) إلى آخر كلامه، فإذا تحقق أن

المعاطاة شاملة لما كان طرفاه أو أحد طرفيه فعلاً، وقال الجماعة المذكورة إن الثاني لازم، استفيد منه اللزوم فيما كان طرفاه فعلاً أيضاً، ولا إجماع في المسألة.

ثم إن هذا العقد يدل عليه الأدلة الأربعة:

قال تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1].

وقال (صلى الله عليه وآله وسلم): «المؤمنون عند شروطهم»[2]. بناءً على شمول الشرط للعقد أيضاً، كما نص عليه غير واحد.

والإجماع ادعاه جامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وغيرهم، كما حكي عنهم.

والعقلاء يرون العقد لازماً إلا ما خرج بدليل خاص عندهم، وليست المزارعة المستثناة، ولذا الذي ذكرناه أشكل غير واحد من المعلقين على قوله: (إلا)، نعم جماعة آخرون منهم السادة ابن العم والجمال والبروجردي سكتوا على الماتن.

{الثاني: البلوغ والعقل والاختيار، وعدم الحجر لسفه أو فلس} حيث فصلنا الكلام حول هذه الشروط في كتاب المضاربة وغيره، فلا داعي إلى تكراره، إذ الدليل فيهما عام يشملهما وغيرهما.

{ومالكية التصرف في كل من المالك والزارع} بأن لا تكون الأرض مرهونة مما يسبب عدم القابلية، ولا أن يكون عمل الزارع لغيره بإجارة ونحوها، فهذا

---

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) الوسائل: ج١٥ ص٣٠ ح٤.

نعم لا يقدح فلس الزارع إذا لم يكن منه مال لأنه ليس تصرفاً مالياً.
الثالث: أن يكون النماء مشتركاً بينهما، فلو جعل الكل لأحدهما لم يصح مزارعة.

الشرط لقصور في موضوع التصرف، والشرائط السابقة لقصور في المتصرف.

{نعم لا يقدح فلس الزارع} بل ولا سفهه، إذ لا دليل على اشتراط أن لا يكون أحدهما {إذا لم يكن منه مال لأنه ليس تصرفاً مالياً} وإن كان المعلقون لم يستثنوا السفه، بل أبقوا إطلاق المتن، كما أن كثيراً من الفقهاء لم يستثنوا فلس الزارع.

{الثالث: أن يكون النماء مشتركاً بينهما} بنحو الكسر المشاع، كالثلث والنصف، كما دل على ذلك النص والفتوى، وقد تقدم بعض الأدلة على ذلك، كما سيأتي بعضها الأخر.

{فلو جعل الكل لأحدهما لم يصح مزارعة} وقد ادعوا الإجماع على ذلك، بالإضافة إلى أنه خلاف العرف ولم يقرره الشرع.

قال في مفتاح الكرامة: لأن المنقول عن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) وأهل بيته (عليهم السلام) إنما ورد على الاشتراك في الحصة، والأمور الشرعية متلقاة منهم (عليهم السلام)، ولا يجوز التجاوز، ثم ادعي عدم الخلاف في ذلك.

نعم يصح ذلك حسب الشرط في ضمن عقد لازم، وهل يصح معاملة غير مزارعة، كما قد يتوفر الداعي العقلائي لذلك، مثلاً الدولة تأخذ الأراضي البائرة فيحتال المالك لبقاء أرضه بإعطائها لمن يزرعها بكل حاصلها، أو أن

الرابع: أن يكون مشاعاً بينهما، فلو شرطا اختصاص أحدهما بنوع كالذي حصل أولاً، والآخر بنوع آخر، أو شرطا أن يكون ما حصل من هذه القطعة من الأرض لأحدهما وما حصل من القطعة الأخرى للآخر لم يصح.

الزارع إذا بقي بلا عمل أخذ سخرة قهراً فيعطي نفسه لأن يعمل في الأرض ويكون للمالك كل حاصله لأجل الفرار من السخرة، أو لا يصح، احتمالان.

{الرابع: أن يكون مشاعاً بينهما، فلو شرط اختصاص أحدهما بنوع، كالذي حصل أولاً} أو الحنطة مثلاً فيما يزرع فيها حنطة وغير حنطة.

{والآخر بنوع آخر}، أو أحدهما بالنوع الأجود والآخر بالأردأ.

{أو شرطا أن يكون ما حصل من هذه القطعة من الأرض لأحدهما، وما حصل من القطعة الأخرى للآخر لم يصح} شرعاً، وإن لم يكن فيه محذور عند العقلاء.

ويأتي هنا الكلام في الشرط الثالث من أنه هل يصح معاملةً أخرى أم لا، بعد وضوح صحته حسب الشرط في عقد لازم.

وفي صحيح الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام): «لا تقبل الأرض بحصة مسماة، وبالنصف والثلث والربع والخمس لا بأس به»، وقال: «لا بأس بالمزارعة بالثلث والربع والخمس»[1].

ونقل مفتاح الكرامة عند قول العلامة: يشترط في الحصة أمران العلم بقدرها والشياع، ذلك عن النهاية والخلاف والمبسوط

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٠٠ الباب ٨ من أبواب المزارعة والمساقاة ح٧.

الخامس: تعيين الحصة بمثل النصف أو الثلث أو الربع أو نحو ذلك، فلو قال: ازرع هذه الأرض على أن يكون لك أو لي شيء من حاصلها بطل.

السادس: تعيين المدة بالأشهر والسنين، فلو أطلق بطل

وغيرها من كتب المتقدمين، وعن الوسيلة والغنية والسرائر والشرائع وغيرهم، قال: بل لا أجد في ذلك خلافاً ولا تأملاً.

وفي المستمسك بلا خلاف ظاهر، وعن مجمع البرهان كأنه إجماع.

{الخامس: تعيين الحصة بمثل النصف أو الثلث أو الربع أو نحو ذلك} لا ما إذا أبهم {فلو قال: أزرع هذه الأرض على أن يكون لك أو لي شيء من حاصلها بطل} كما هو المصرح به في كلام جماعة، بل عن التذكرة الإجماع عليه، والمراد كل شيء مجهول كالجزء والنصيب والبعض، كما في مفتاح الكرامة وغيره.

ويدل عليه بالإضافة إلى جملة من الروايات كما تقدم بعضها، أنه يوجب الغرر، وقد نهى النبي (صلى الله عليه وآله) عن الغرر.

وهل يشترط علمهما بقدر المعين مشاعاً، أم يكفي عرفان العرف، لا يبعد الثاني، لإطلاق الأدلة بعد تعارف هذا الشيء في المعاملات حتى في مثل البيع ونحوه، حيث كثيراً ما لا يعلم المسافر أن الحقة أو الكيلو أو ما أشبه كم يساوي من وزن بلده، وكذلك لا يعلم مقدار قيمة التومان الشرائية في العراق، والدينار العراقي في إيران، إلى غير ذلك، ولذا لا يعد ذلك غرراً.

{السادس: تعيين المدة بالأشهر والسنين، فلو أطلق بطل}، حكاه مفتاح

الكرامة عن المقنعة والمراسم والكافي والمبسوط والمهذب والوسيلة والغنية والسرائر والإرشاد وغيرهم، وفي الجواهر بلا خلاف معتد به، بل لعل الإجماع عليه، وعن التذكرة الإجماع عليه.

والدليل عليه الغرر، فقد ورد «نهى النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر»[1]، وهو وإن كان ضعيف السند إلا أنه مجبور بالعمل، وأنه بدون التعيين خلاف مقتضى العقد العرفي الذي قرره الشارع، ولذا استدل به في المسالك.

ومنه تعلم، أن قول المستمسك في رده: (إنه لا يرجع إلى دليل) غير ظاهر الوجه.

وخبر أبي الربيع الشامي الذي استدل به غير واحد، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، سألته عن أرض يريد رجل أن يتقبلها فأي وجوه القبالة أحل، قال: «يتقبل الأرض من أربابها بشيء معلوم إلى سنين مسماة فيعمر ويؤدي الخراج»[2]، فإنه بالإطلاق أو المناط يشمل المقام.

ولا يخفى أن ليس مراد المشهور خصوصية التعيين بالزمان، ولذا قال المصنف: {نعم لو عين المزروع أو مبدأ الشروع في الزرع لا يبعد صحته إذا لم يستلزم غرراً}، ولذا كان المحكي عن المفاتيح والرياض

---

(١) الوسائل: ج١٢ ص٢٣٠ الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة ح٣.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص٢١٤ الباب ١٨ من أبواب المزارعة والمساقاة ح٥.

أن هناك جماعة منا مصرحين بعدم اشتراط تعيين المدة، والاكتفاء بتعيين المزروع عنها.

نعم ذكر الفاضلان في الشرائع والقواعد والتذكرة والتحرير، وكذا المسالك، عدم كفاية تعيين المزروع عن المدة، واستدل لذلك بالغرر، وفيه ما لا يخفى.

ومنه يعلم أن قول السيد البروجردي: إنه مستلزم للغرر في العادة، غير ظاهر الوجه، كيف وبناء المزارعات العرفية تحديد وقت العمل بالزراعة أو مبدأ الزرع، كما أن قول بعض المعلقين بلزوم تعيين المنتهى أيضاً غير ظاهر، لأن الزرع معلوم منتهى.

نعم إذا كان مرادهما عدة زراعات في ما يزرع مرات في السنة، أو مرة في كل سنة، لكن لم يعينا كم زراعة، كان اللازم تعيين إما المنتهى وإما المرات، لأن عدم التعيين غرر.

أما قول المستمسك: (ربما يكون تعيين المدة موجباً للغرر إذا كان من المحتمل عدم بلوغ الزرع فيها، لأن في ذلك تعريضاً لضياع الزرع، بناءً على استحقاق المالك قلعه عند انتهاء المدة، أو الخسارة المالية بناءً على غير ذلك)، فهو تام في نفسه، وإن كان مراد الطرفين لا يشمل ذلك، لأنه خارج عن عمل المتعارف.

ومما تقدم يعرف وجه قوله: {بل مع عدم تعيين ابتداء الشروع أيضاً إذا كانت الأرض مما لا يزرع في السنة إلا مرة، لكن مع تعيين السنة} فإذا كانت

لعدم الغرر فيه، ولا دليل على اعتبار التعيين تعبداً، والقدر المسلم من الإجماع على تعيينها غير هذه الصورة، وفي صورة تعيين المدة لابد وأن تكون بمقدار يبلغ فيه الزرع

الأرض لا تزرع في السنة إلا مرة واحدة لم تتفاوت المالية باختلاف الابتداء والانتهاء {لعدم الغرر فيه} حتى يشمل دليل نهي النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عنه.

{ولا دليل على اعتبار التعيين تعبداً}، بل الدليل إما الغرر وقد عرفت نفيه في المقام، وإما تعارف ذلك عند العقلاء حيث إن الشارع أمضاه، وقد عرفت عدم الخصوصية عندهم.

{و} إما الإجماع، وفيه: إن {القدر المسلم من الإجماع على تعيينها غير هذه الصورة} كما تقدم نقله عن جماعة منا.

{وفي صورة تعيين المدة لابد وأن تكون بمقدار يبلغ فيه الزرع}، قال في القواعد: ولو شرطا مدة يدرك الزرع فيها قطعاً أو ظناً صح، وقال في مفتاح الكرامة: كما في جامع المقاصد والمسالك والكفاية والرياض.

أقول: والظاهر أن مراده بالظن الذي يعتمد عليه العقلاء، إذ بدون ذلك غرر، وإنما العقلاء يعتمدون على الظن لغلبة عدم العلم بالدقة ببلوغ الزرع في مدة محدودة، فإن الطقس وما أشبه له مدخلية في سرعة البلوغ وبطئه، وقد ذكر المستمسك كلاماً طويلاً لخصه في أنه لا دليل لفظي على مانعية الغرر في المقام، وإنما هي مستفادة من ظهور الإجماع، وأن اندفاع الغرر يكون

بتعيين المزروع ونحو ذلك بلا حاجة إلى تعيين المدة، وأن تعيين المدة غير جائز، إما لأنه مفوت للمقصود أو إنه عبث ولغو فلا يكون له أثر.

وفي الكل ما لا يخفى، إذ مانعية الغرر مستفادة من القاعدة العقلائية في المعاملة، والنص المعمول به والإجماع، وتعيين المدة من أوجه دفع الغرر، وليس بعبث ولا مفوت للمقصود.

{فلا تكفي المدة القليلة التي تقصر عن إدراك النماء} سواء كان النماء ثمراً أو زهراً أو ورقاً أو غصناً أو حطباً، وهذا هو المحكي عن الإيضاح وجامع المقاصد والمسالك والرياض وغيرهم، خلافاً لما نسبه مفتاح الكرامة من الصحة إلى ظاهر إطلاق المقنعة والمراسم والمبسوط والكافي والمهذب والوسيلة والغنية والسرائر وجملة من كتب الفاضلين، وظاهر القواعد التوقف قال: ولو علم القصور فإشكال.

استدل الأولون: بأن ذلك خلاف وضع المزارعة، وأنه مفوت للغرض، إذ الغرض الحصة من النماء ولا يتحقق في المدة الناقصة، فهو خلاف مقتضى العقد.

واستدل للآخرين: بعموم ﴿أوفوا بالعقود﴾، وأنه يمكن التراضي بالإبقاء بعد المدة، وأنه حيث زرع بحق فالواجب إبقاؤه، وأنه يمكن أن تكون مدة استيلاء ذي الأرض قليلة فتنتقل إلى نفس العامل بإرث أو إجارة أو ما أشبه، فيكون لذي الأرض الحصة المقررةز

وكأن توقف العلامة لتضارب الدليلين، ولكن الظاهر التفصيل بين ما إذا كان العمل عقلائياً، كما فيما إذا كانت مدة صاحب الأرض

السابع: أن تكون الأرض قابلة للزرع ولو بالعلاج، فلو كانت سبخة لا يمكن الانتفاع بها، أو كان يستولي عليها الماء قبل أوان إدراك الحاصل أو نحو ذلك، أو لم يكن هناك ماء للزراعة ولم يمكن تحصيله ولو بمثل حفر البئر أو نحو ذلك ولم يمكن الاكتفاء بالغيث، بطل.

قليلة وبعدها تنتقل إلى نفس الزارع مثلاً فالصحة، وإلا فالبطلان، وبه يظهر أن إطلاق كلا القولين محل نظر.

{السابع: أن تكون الأرض قابلة للزرع ولو بالعلاج} كما هو المشهور المنسوب إلى الشيخ والفاضلين والشهيدين وغيرهم، بل قد يلوح من الكفاية الإجماع عليه، كما في مفتاح الكرامة.

نعم لم يتعرض لهذا الشرط في المقنعة والمراسم والنهاية والسرائر والوسيلة والكافي والغنية كما حكي، ولعله لوضوحه لم يتعرضوا له، بل في المستمسك عند قول المصنف (بطل): البطلان أوضح من أن يستدل عليه بالإجماع.

{فلو كانت سبخة لا يمكن الانتفاع بها، أو كان يستولي عليها الماء} أو الملح أو الجراد أو ما أشبه {قبل أوان إدراك الحاصل} المقرر، أو أي حاصل {أو نحو ذلك} من الآفات السماوية والأرضية.

{أو لم يكن هناك ماء للزراعة ولم يمكن تحصيله ولو بمثل حفر البئر أو نحو ذلك} كإجراء القنات {ولم يمكن الاكتفاء بالغيث بطل} لأنه خلاف عقد المزارعة عند العقلاء، والشارع إنما أمضى المضارعة العقلائية كما تقدم.

الثامن: تعيين المزروع من الحنطة والشعير وغيرهما مع اختلاف الأغراض فيه، فمع عدمه يبطل إلا أن يكون هناك انصراف يوجب التعيين، أو كان مرادهما التعميم، وحينئذ فيتخير الزارع بين أنواعه.

وقد قال في مجمع البرهان: إن اشتراط هذا الشرط ظاهر، ولعله قصد ما ذكرناه، وحيث إن الشرط واقعي لم يفرق فيه بين العلم بعدم القابلية، وعدم العلم بها، والعلم بالقابلية جهلاً مركباً.

{الثامن: تعيين المزروع من الحنطة والشعير وغيرهما} لكن هذا الشرط ليس مطلقاً، بل إنما يكون {مع اختلاف الأغراض} للعقلاء {فيه} فإنه مع اختلاف أغراضهم إذا لم يعينا لا تكون مزارعة عقلائية فلا تشملها الأدلة، {فمع عدمه يبطل}.

وبذلك يظهر أن قول المستمسك: (الظاهر من العبارة البطلان حتى مع إرادة التعميم) غير ظاهر إذ ظاهر مراد المصنف أن في صورة اختلاف الأغراض حتى أغراضهما إذا لم يعينا بطل، وقد صرح بذلك بعد جمل.

{إلا أن يكون هناك انصراف يوجب التعيين} وأراداه ولو ارتكازاً، فإن العقود تتبع القصود.

{أو كان مرادهما} ولو ارتكازاً {التعميم، وحينئذ فيتخير الزارع بين أنواعه} سواء كان تعميماً مطلقاً أو في دائرة خاصة، مثل الأشجار ذات الفواكه أو نحو ذلك.

قال في القواعد: (إطلاق المزارعة يقتضي تخيير العامل في زرع أي نوع شاء) انتهى.

التاسع: تعيين الأرض ومقدارها، فلو لم يعينها بأنها هذه القطعة أو تلك القطعة، أو من هذه المزرعة أو تلك، أو لم يعين مقدارها بطل مع اختلافها بحيث

وهذا هو الأشهر كما عن الكفاية والرياض، وفي الأخير: إن عليه عامة من تأخر، بل عن الغنية الإجماع عليه.

ومنه يعلم أن ما عن التذكرة من أنه (يحتمل قوياً وجوب التعيين لتفاوت ضرر الأرض باختلاف جنس المزروعات)، وفي جامع المقاصد (إنه الأصح و لم يقل به أحد قبله ولا بعده)، إن أرادا عدم صحة الإطلاق فهو خلاف الإطلاق وقاعدة العقلاء في كثير من الموارد، وإن أراداه في مورد خلاف كون الإطلاق قصدهما فذلك ليس منافياً لكلام المشهور. وإن قيل: إن اللازم التعيين في صورة اختلاف أغراض العقلاء، وإلا كان من الغرر وخلاف المزارعة العقلائية. ففيه: إنه مع إرادتهما الإطلاق لا غرر، وإرادة كثرة من العقلاء قسماً خاصاً لا يوجب احتكار الأمر عليه حتى لا يشمل ما عداه إطلاق أدلة المزارعة.

وقول المستمسك: (إن الرضا بالتعميم لا يرفع مانعية الغرر)، فيه: إن الغرر عقلائي، فإذا أقدم العقلاء على شيء لم يكن ذلك مصداقاً للغرر.

{التاسع: تعيين الأرض} هل هي أرضه في العراق أو في الحجار مثلاً، من القطعة الفلانية {ومقدارها} جريب أو جريبان، إلى غير ذلك.

{فلو لم يعينها بأنها هذه القطعة أو تلك القطعة، أو من هذه المزرعة أو تلك، أو} عينهما لكن {لم يعين مقدارها} بأن قال: من هذه المزرعة من هذه القطعة منها، لكن لم يقل جريب أو جريبان {بطل} العقد {مع اختلافها} أي الأرض {بحيث

يلزم الغرر، نعم مع عدم لزومه لا يبعد الصحة، كأن يقول: مقدار جريب من هذه القطعة من الأرض التي لا اختلاف بين أجزائها، أو أي مقدار شئت منها، ولا يعتبر كونها شخصية، فلو

يلزم الغرر} لنهي النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر[1]، ولأنه خلاف المزارعة العقلائية.

{نعم مع عدم لزومه} أي لزوم الغرر في إطلاق الأرض {لا يبعد الصحة} لإطلاق الأدلة.

وإن شئت قلت: إنه قد يكون الغرر موجوداً ومع ذلك يقدمان عليه، وهذا لا يصح، لأن الشارع نهى عنه، وقد لا يكون غرر، وهنا يصح، {كأن يقول: مقدار جريب من هذه القطعة من الأرض التي لا اختلاف بين أجزائها} أو يقول: إحدى هذه القطع.

وكون مثل هذا فرداً مردداً، ومثله لا وجود له في الخارج غير تام، إذ هو كالكلي في المعين فالجواب هناك يأتي هنا.

{أو أي مقدار شئت منها} لإقدام العقلاء على مثل ذلك، وهذا غير الكلي في المعين، وإن وجهه بعض المعلقين بذلك، وفيه ما لا يخفى، كما أن ابن العم وبعض آخر أشكلوا فيه، وكأنه خلاف المعاملات المتعارفة، لكن الظاهر أنه لا بأس به.

{ولا يعتبر كونها شخصية، فلو} جعله على نحو الكسر المشاع صح، سواء كان بنفسه مالكاً للكسر المشاع، أو كان الكل له، لبناء العقلاء وإطلاق الأدلة.

(١) الوسائل: ج١٢ ص٢٣٠ الباب ٤٠ من أبواب آداب التجارة ح٣.

عين كلياً موصوفاً على وجه يرتفع الغرر، فالظاهر صحته، وحينئذ يتخير المالك في تعيينه.
العاشر: تعيين كون البذر على أي منهما

وكذا لو {عين كلياً موصوفاً على وجه يرتفع الغرر} أو كلياً في المعين {فالظاهر صحته} خلافاً لمن جعل الصحيح الكلي في المعين فقط، إذ لا وجه للفصل، فإن جاز جاز في كليهما، وإلا لم يجز في كليهما.

ووجه الجواز ما تقدم من بناء العقلاء وإطلاق الأدلة، ولأنه لا فرق بين المقام وبين سائر المعاملات، حيث بناء العقلاء على الصحة في الكلي المطلق والكلي في المعين والكسر المشاع.

نعم لعله لا يصح الكلي المطلق في الوقف، لأنه خلاف بناء العقلاء وخلاف الكيفية المتلقاة من الشارع.

{وحينئذ يتخير المالك في تعيينه} سواء كان على نحو المطلق أو في المعين، فقول السيد البروجردي: (الظاهر بطلانه إذا لم يكن كلياً في المعين بل صحته فيه أيضاً محل تأمل) غير ظاهر الوجه.

{العاشر: تعيين كون البذر على أي منهما} المالك أو العامل أو بالاشتراك، مع الاختلاف في القدر أو التساوي، مع وحدة جنس البذر أو تعدده.

قال في القواعد: (وتصح المزارعة إذا كان من أحدهما الأرض خاصة، ومن الآخر البذر والعمل والعوامل، وكذا إذا كان البذر لصاحب الأرض والعمل منه، أو كان البذر منهما، سواء اتفقا في الحصة أو اختلفا، وسواء تساويا

في البذر أو تفاوتا، وفي صحة كون البذر من ثالث نظر) انتهى.

وقال في محكي المسالك والروضة: (تجوز الاحتمالات الممكنة مع الاشتراك في الأمور الأربعة كلاً أو بعضاً، فمتى كان من أحدهما بعضها ولو جزءاً من الأربعة، ومن الآخر الباقي مع ضبط ما على كل واحد منهما صحت).

{وكذا سائر المصارف واللوازم} وذلك لصدق المزارعة عند العقلاء وتعارف كل الأقسام، فيشمله إطلاق أدلة المزارعة.

وعن جامع المقاصد: الإطباق على صحة المزارعة مع كون البذر على المالك، ولا ينافي ذلك إلا بعض الروايات.

كصحيحة يعقوب بن شعيب، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: وسألته عن المزارعة، قال: «النفقة منك والأرض لصاحبها، فما أخرج الله تعالى من شيء قسم على الشطر، وكذلك أعطى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) خيبر حين أتوه فأعطاهم إياها على أن يعمروها ولهم النصف مما أخرجت»[1].

وبعد الإجماع المذكور وفتوى المشهور لا بد من حمل الرواية على تعارف ذلك في ذلك الزمان، لا انحصار المزارعة، ويؤيده خبر الكرخي.

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٠٣ الباب ١٠ من أبواب المزارعة والمساقاة ح٢.

إذا لم يكن هناك انصراف مغن عنه ولو بسبب التعارف.

{إذا لم يكن هناك انصراف مغن عنه} قصده الطرفان، إذ العقود تتبع القصود، {ولو} كان الانصراف {بسبب التعارف}.

والحاصل: الأمر دائر مدار القصد سواء كان انصراف أم لا.

(مسألة ١): لا يشترط في المزارعة كون الأرض ملكاً للمزارع، بل يكفي كونه مسلطاً عليها بوجه من الوجوه، كأن يكون مالكاً لمنفعتها بالإجارة والوصية أو الوقف عليه، أو مسلطاً عليها بالتولية كمتولي الوقف العام أو الخاص والوصي، أو كان له حق اختصاص بها مثل التحجير والسبق

(مسألة ١): {لا يشترط في المزارعة كون الأرض ملكاً للمزارع} إذ لا دليل على ذلك، فبناء العقلاء على كفاية الاستيلاء المشروع محكم بعد إمضاء الشارع له.

{بل يكفي كونه مسلطاً عليها بوجه من الوجوه} المشروعة {كأن يكون مالكاً لمنفعتها بالإجارة} أو الجعالة أو الهبة أو اشتراء المنفعة أو الشروط، {أو الوصية أو الوقف عليه} أو غير ذلك من أقسام الملك، والوقف الذري ملك، كما حقق في محله.

{أو مسلطاً عليها بالتولية كمتولي الوقف العام أو الخاص والوصي} والولي والحاكم في الأراضي التي له استيلاء عليها ونائبه.

{أو كان له حق اختصاص بها بمثل التحجير والسبق} وذلك لكفاية الأولوية في صحة المزارعة، وذلك لبناء العقلاء وعدم ردع الشارع، ولا دليل على اعتبار الملكية فيها، فإذا زارعها تصبح ملكاً له.

ومنه يعلم وجه النظر في قول السيد البروجردي: (لا يكفي التحجير في صحتها، إذ التحجير يفيد أولوية بإحيائها، وعدم جواز مزاحمته فيه، لا اختصاصه

ونحو ذلك، أو كان مالكاً للانتفاع بها، كما إذا أخذها بعنوان المزارعة فزارع غيره أو شارك غيره، بل يجوز أن يستعير الأرض للمزارعة، نعم لو لم يكن له فيها حق أصلاً

.بمنافعها حتى لا يجوز لغيره التصرف فيها إلا بإذنه).

{ونحو ذلك} كما إذا وضع فيه شيئاً، ولا يخفى أن هذا فرد خفي من السبق، ولذا قال السيد الجمال: (ويتم مالكية من له حق السبق والتحجير بهذه المزارعة)، أقول: إذ لا فرق بين إحياء الإنسان بنفسه أو إحيائه بعماله، وكون الأرض لمن عمل فيها كما ذكره بعض الاقتصاديين المائلين إلى الشرق لا وجه له عقلاً ولا شرعاً، كما فصلناه في كتاب (الفقه: الاقتصاد).

{أو كان مالكاً للانتفاع بها، كما إذا أخذها بعنوان المزارعة فزارع غيره أو شارك غيره} كما سيأتي الكلام فيه في المسألة الثالثة عشرة إن شاء الله تعالى.

{بل يجوز} أي تصح المزارعة {أن يستعير الأرض للمزارعة} إذ يكون له حق في الأرض، فيشمله الأدلة.

فقول بعضهم: إنه لا يصح، لأن المستعير يملك الانتفاع من غير تسلط على المعير، ولا يملك التمليك عليه، ولا إيجار حق الزراعة للغير عليه، غير ظاهر المراد.

{نعم لو لم يكن له فيها حق أصلاً} أو كان حق لغير المزارعة، كما إذ استأجر أرضاً لغير الزراعة، أو أعارها إياه لا للزراعة، إلى غير ذلك من الأمثلة.

لم يصح مزارعتها، فلا يجوز المزارعة في الأرض الموات مع عدم تحجير أو سبق أو نحو ذلك، فإن المزارع والعامل فيها سواء، نعم يصح الشركة في زراعتها مع اشتراك البذر أو بإجارة أحدهما نفسه للآخر في مقابل البذر أو نحو ذلك، لكنه ليس حينئذ من المزارعة المصطلحة

{لم يصح مزارعتها} إذ لا وجه اختصاص له يعطيه لغيره في قبال شيء من الحاصل.

{فلا يجوز المزارعة في الأرض الموات مع عدم تحجير أو سبق أو نحو ذلك، فإن المزارع والعامل فيها سواء}، وهل له حق فيما إذا كان اسمه حافظاً، كما إذا كانت اللصوص تخاف سلطانه، فإذا نسبت الزراعة إليه تجنبوا فسادها، فيقول للعمال: اعملوا ولي كذا من الحاصل، لا تبعد الصحة، لأنه أمر عقلائي لم يظهر ردع الشارع عنه، وتكون الحصة في قبال الحفظ الحاصل من كون اسمه على الأرض، وإن كانت المسألة بحاجة إلى التأمل.

ولو جعلوه صلحاً أو شرطاً في ضمن عقد لازم لم يكن إشكال في صحتها.

{نعم تصح الشراكة في زراعتها مع اشتراك البذر} أو العوامل أو نحو ذلك، ولكن الكلام في أنه هل يكون حينئذ من باب المزارعة، أو من باب عقد آخر، مشمول لقوله تعالى: ﴿أوفوا بالعقود﴾.

{أو بإجارة أحدهما نفسه للآخر في مقابل البذر أو نحو ذلك} كالصلح والهبة وغيرهما، {لكنه ليس حينئذ من المزارعة المصطلحة} التي لها أحكام خاصة.

ولعل هذا مراد الشهيد في المسالك من عدم جواز المزارعة في الأراضي الخراجية التي هي للمسلمين قاطبة إلا مع الاشتراك في البذر أو بعنوان آخر، فمراده هو فيما إذا لم يكن للمزارع جهة اختصاص بها

{ولعل هذا مراد الشهيد في المسالك من عدم جواز المزارعة في الأراضي الخراجية التي هي للمسلمين قاطبة} فليس مراده لأنها ليست ملكاً، بل مراده ما لم يكن لأحدهما استيلاء عليها بالإجارة من ولي الأمر، قال: إنه لا تشرع المزارعة إذا لم تكن الأرض ملكاً لأحدهما كما في الأراضي الخراجية، {إلا مع الاشتراك في البذر أو بعنوان آخر} على ما تقدم.

كيف وقد ورد في النص جواز ذلك، ففي صحيح الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في حديث إنه سئل عن مزارعة أهل الخراج بالربع والنصف والثلث، قال: «نعم لا بأس به، فقد قبل رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) خيبر أعطاها اليهود حين فتحت عليه بالخبر والخبر هو النصف»[1].

ومثله خبر الفيض بن المختار[2]، وغيره.

{فمراده هو فيما إذا لم يكن للمزارع جهة اختصاص بها} من أنواع الاختصاصات التي تقدمت الإشارة إليها.

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٠٠ الباب ٨ من أبواب أحكام المزارعة والمساقاة ح٨.

(٢) الوسائل: ج١٣ ص٢٠٨ الباب ١٥ من أبواب أحكام المزارعة والمساقاة ح٣.

وإلا فلا إشكال في جوازها بعد الإجازة من السلطان، كما يدل عليه جملة من الأخبار.

{وإلا فلا إشكال في جوازها بعد الإجازة من السلطان} إجازة مشروعة.

{كما يدل عليه جملة من الأخبار}.

وقد كثر الكلام حول مراد المسالك مما لا يهم التعرض له بعد وضوح الحكم.

(مسألة ٢): إذا أذن لشخص في زرع أرضه على أن يكون الحاصل بينهما بالنصف أو الثلث أو نحوهما فالظاهر صحته.

(مسألة ٢): إذا أذن لشخص في زرع أرضه على أن يكون الحاصل بينهما بالنصف أو الثلث أو نحوهما} سواء كان سائر الخصوصيات كالأرض والمدة ونحوهما معلوماً، أم لا.

{فالظاهر صحته} لإطلاق تسلط الناس على أموالهم وأنفسهم[1]، فالمالك متسلط على ماله، والزارع متسلط على نفسه، ويكون الوارد كما أذن، لأن العامل يستحق أجرة أرضه، إذ هو نوع معاملة عقلائية، فيشمله ﴿أوفوا بالعقود﴾، وإن لم يكن لازماً من أحد الطرفين، لأنه عقد إذني كالوكالة.

والسيدان ابن العم والبروجردي أشكلا في ذلك، قال الأول: (في هذه الفروع وأمثالها إشكال). وقال الثاني: (صحته في غاية الإشكال، فإن مرجعه إلى جعل شيء على الزارع لنفسه من دون أن يستحق الزارع عليه إحداث الزرع في أرضه ولا إبقاءه إلى أوان بلوغه، وهذا من أعظم الغرر).

وفيه: إنه انتفاع في قبال انتفاع وهو عقلائي، وإن لم يكن من أحد الطرفين لازماً، وكونه غرراً عقلائياً ممنوع، وهل هذا إلا مثل المضاربة في أن للمالك الفسخ إذا شاء، وكذا للعامل، وهل يقول السيدان المضاربة أيضاً غرر.

ثم قد تقدم أن الزرع إذا كان بإجازة المالك يشكل أن يكون الحق لصاحب الأرض

(١) البحار: ج٢ ص٢٧٣.

وإن لم يكن من المزارعة المصطلحة، بل لا يبعد كونه منها أيضاً، وكذا لو أذن لكل من يتصدى للزرع وإن لم يعين شخصاً، وكذا لو قال: كل من زرع أرضي هذه أو مقداراً من المزرعة الفلانية فلي نصف حاصله أو ثلثه مثلاً فأقدم واحد على ذلك فيكون نظير الجعالة

في إجباره على قلعه إذا كان فيه ضرر على الزارع.

{وإن لم يكن من المزارعة المصطلحة} لأنها عقد وهذا إذن {بل لا يبعد كونه منها أيضاً} إطلاقه ممنوع، إذ قد عرفت أن الإذن غير العقد.

نعم إذا كان المزارع في مقام إنشاء العقد، وكان الإذن إلماعاً إلى إنشائها، وقبل الزارع قولاً أو فعلاً كان عقداً.

{وكذا لو أذن لكل من يتصدى للزرع وإن لم يعين شخصاً} فإن هذا يختلف عن الأول في أن الأول إذن لشخص خاص وهذا إذن عام، وقد تقدم أن الإذن قد يكون مع ذكر الخصوصيات، وقد يكون بدون ذكرها، ومن عدم الذكر هذا.

ومثله العكس، كأن يقول شخص: من أخذ بذري وعواملي وزرع بها أرضه فلي النصف، وهو صحيح أيضاً، حيث قد تقدم في أول الكتاب أن كون الإيجاب من أحدهما والقبول من الآخر غير لازم، بل يمكن العكس، أو جعل الطرفين في العقد سواء.

{وكذا لو قال: كل من زرع أرضي هذه أو مقداراً من المزرعة الفلانية فلي نصف حاصله أو ثلثه مثلاً} والفرق بين هذا والإذن أن هذا جعل نفسي والإذن مستفاد منه، بخلاف الإذن فإنه صريح في الإذن، وإن كان الحاصل فيهما واحداً.

{فأقدم واحد على ذلك} فإن له ما جعل له {فيكون نظير الجعالة} وإن لم يكن

فهو كما لو قال: كل من بات في خاني أو داري فعليه في كل ليلة درهم، أو كل من دخل حمامي فعليه في كل مرة ورقه

جعالة لأنها إيقاع، وهذا ليس كذلك، فلا يرد عليه إشكال السيد البروجردي، بل هو عكس الجعالة فإنها جعل شيء على نفسه لغيره على فرض وقوع عمل من الغير.

كما أنه ظهر مما تقدم الإشكال في قول السيد الجمال: الظاهر أن يكون جميع ذلك من المزارعة الصحيحة، ويكون أجنبياً عن الجعالة، وإلا اتجه بطلانه.

{فهو كما لو قال: كل من بات في خاني أو داري فعليه في كل ليلة درهم، أو كل من دخل حمامي فعليه في كل مرة ورقة} إلى غير ذلك من الأمثلة المتعارفة.

فإن الظاهر صحته للعمومات، فإنه عقد عرفاً، وليس إجارة للحمام والخان إذا لم يشتمل على شرائط الإجارة، ولا يلزم عدم صحته إذا لم يكن إجارة إذ هو نوع من المعاملات العقلائية، بل يمكن القول بشمول اللزوم المستفاد من (أوفوا) له، فلا يحق لأحدهما إخراج أو خروج في نصف الليل، وفي متوسط بقائه في الحمام بحجة أنه لم يكن عقد فلا لزوم، بخلاف ما إذا كان إذناً مجرداً، حيث للمالك الإخراج وله الخروج، فقول السيد الجمال في مثل الحمام والخان (إنه من باب الإباحة بالعوض، نعم لو زاد ما عينه المالك من أجرة المثل، ففي لزوم تلك الزيادة بالبيتوتة في الخان ودخول الحمام إشكال) انتهى، محل نظر.

فالظاهر صحته للمعلومات، إذ هو نوع من المعاملات العقلائية، ولا نسلم انحصارها في المعهودات، ولا حاجة إلى الدليل الخاص لمشروعيتها، بل كل معاملة عقلائية صحيحة إلا ما خرج بالدليل الخاص، كما هو مقتضى العمومات.

وكيف كان {فـ} إن {الظاهر صحته للعمومات، إذ هو نوع من المعاملات العقلائية، ولا نسلم انحصارها في المعهودات} إذ لا وجه إلا انصراف ﴿أوفوا بالعقود﴾ ونحوه، ولو سلم الانصراف فهو بدوي.

أما قول السيد البروجردي: هذه الأمثلة إن صحت كانت صحتها توسعة في المعهودات، لا أنها معاملات أخر غيرها، ففيه: إن العرف لا يراها داخلة في المعهودات.

أما ما في الرواية إنما أخذ الجعل لدخول الحمام، فاللازم القول بالتوسعة فيها، أو كون ذلك الزمان الأمر على نحو الجعالة، وذلك لا يضر بما ذكرناه.

ولما ذكرناه من أنها معاملات مستقلة عرفاً، سكت كافة المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم، ما عدا السيد البروجردي، على المتن.

{و} عليه فـ {لا حاجة إلى الدليل الخاص لمشروعيتها} إذ الدليل العام كاف.

{بل كل معاملة عقلائية صحيحة إلا ما خرج بالدليل الخاص} مما كان منهياً عنه بنفسه، كالكالي، أو لفقد شرط أو جزء أو وجود مانع.

{كما هو مقتضى العمومات}، ويؤيده ما ورد من أن عليهم الأصول وعلينا

الفروع، وقد ذكرنا في كتاب الحج الصندوق الذي يقترض منه الناس، وفي كتاب السياسة الشخصية الحقوقية، وألمعنا إلى المسألة في عدة كتب أخرى مما جامعه شمول العمومات للأمور المستحدثة.

(مسألة ٣): المزارعة من العقود اللازمة، لا تبطل إلا بالتقايل، أو الفسخ بخيار الشرط، أو بخيار الاشتراط أي تخلف بعض الشروط المشترطة على أحدهما

(مسألة ٣): {المزارعة من العقود اللازمة} لإطلاق دليل الوفاء بالعقد، وهو بلا خلاف ولا إشكال، وهو اتفاق كما في المسالك، وإجماعاً كما عن جامع المقاصد، وفي الجواهر بلا خلاف بل لعل الإجماع بقسميه عليه، ولم ينقل في مفتاح الكرامة المعد لذكر الأقوال ولا في غيره خلافاً.

{لا تبطل إلا بالتقايل} لإطلاق أدلته الشامل للمزارعة وغيرها، وقد ذكر البطلان بالتقايل غير واحد من الفقهاء، كالفاضلين والشهيدين وغيرهم، وعن الرياض ــ كما في مفتاح الكرامة ــ لا خلاف في البطلان بالتقايل، وعن مجمع البرهان والكفاية كأنه إجماعي.

{أو الفسخ بخيار الشرط} بأن شرط أحدهما على الآخر الخيار، ولا خلاف في ذلك أيضاً، كما يظهر من كلماتهم، وذلك لقاعدة «المؤمنون عند شروطهم»[1]، بعد أن لم يكن خلاف الكتاب والسنة ولا خلاف مقتضى العقد.

{أو بخيار الاشتراط، أي تخلف بعض الشروط المشترطة على أحدهما} فإن فوت الشرط يعطي الحق لمن فات عليه الخيار، ولا يظهر خلاف منهم في

(١) الوسائل: ج١٥ ص٣٠ الباب ١٩ و٢٠ من أبواب المهور ح٤، الاستبصار: ج٣ ص٢٣٢ ح٤، التهذيب: ج٧ ص٣١١ ح٦٦.

هذه المسألة، فإن الشارع في المعاملات أمضى بناء العقلاء إلا ما زاد أو نقص، وليس المقام من المستثنى، وقد ذكرنا تفصيله في كتاب البيع، فلا حاجة إلى الإعادة هنا.

ثم اللازم مجيء خيار الغبن هنا أيضاً، كما نبه عليه المستمسك بالتقريب الذي ذكره الشيخ المرتضى (رحمه الله) في المكاسب، بل وبعض الخيارات الأخر مثل خيار تخلف الوصف ونحوه، لأن أدلتها شاملة للمقام، كما لا يخفى.

{وتبطل أيضاً بخروج الأرض عن قابلية الانتفاع، لفقد الماء أو استيلائه أو نحو ذلك} مثل وقوعها تحت بركان نار، أو استملاح الأرض بما لا ينتفع بها، أو سراية النفط أو نحوه إليها، إلى غيرها.

وقد اختلفوا في ذلك هل تبطل مطلقاً، أو مع الجهل من الزارع، أو إذا كان من الأول كذلك، لا إذا صار بعد الزرع كذلك، أو أنه يوجب الخيار.

قال في القواعد: (ولو زارعها أو آجرها له ولا ماء لها تخير العامل مع الجهل لا مع العلم).

قال في مفتاح الكرامة: (كما صرح بذلك كله في الشرائع والتذكرة وفي الإرشاد والروض أنها تبطل مع الجهل لا مع العلم).

وقال في الإرشاد: (ولو زارع على ما لا ماء لها بطل إلا مع علمه).

وظاهر التحرير أو صريحه أنها تبطل حينئذ، قال: وقد ظهر بالبطلان في كلام الإرشاد عدم اللزوم فيوافق الشرائع.

أقول: الظاهر البطلان إذا لم يمكن الانتفاع بها في الزراعة، لأنه لا يمكن الانتفاع فلا عقلائية في المعاملة عليها، والشارع إنما أمضى المعاملات العقلائية

ولذا جعل جامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان البطلان على طبق القاعدة سواء علم أو جهل.

نعم إذا حصل ذلك في بعض المدة أولاً أو وسطاً أو أخيراً، كان اللازم القول بالخيار، لأنه من باب تبعض الصفقة، ومع عدم الفسخ فالنسبة حسب الزرع، مثلاً كان الزرع في ثلاثة أرباع السنة الأولى ضعفه، أو نصفه بالنسبة إلى ربع السنة الثاني، فإنه يقسم الزرع بينهما حسب النسبة المقررة، فإذا كان حاصل الزرع طناً في كل السنة والآن صار حاصل الزرع ربع الطن في ثلاثة أرباع السنة، كان لكل من المالك والزارع الثمن، لا أن يكون للمالك ثلاثة أرباع الربع باعتبار الزمان، وذلك لأن العقلاء يلاحظون الإنتاج لا المدة، فحيث لا فسخ كان الازم ملاحظة المركوز.

أما مع الفسخ فالذي اخترناه في باب المضاربة وكتاب الاقتصاد، أن اللازم ملاحظة النسبة العقلائية، لأنه نتاح حاصل الأرض، ولكل منهما نسبة خاصة من الإنتاج عند العقلاء.

{ولا تبطل بموت أحدهما} كما ذكره الفاضلان والشهيدان وغيرهم، بل في جامع المقاصد: لا نعرف خلافاً في أن المزارعة لا تبطل بموت أحد المتعاقدين.

أقول: وذلك لأنه عقد لا دليل على بطلانه بموت أحدهما.

{فيقوم وارث الميت منهما مقامه} إن كان الميت المالك بقيت الأرض على حالها يزرع فيها الزارع حسب الشرط، وإن كان الميت العامل كان لوارثه

أن يعمل بنفسه، أو بعامل يتفق معه، وقد نص المحقق والشهيد الثانيان وغيرهما بقيام الوارث منهما مقامهما.

لا يقال: إذ العقد لم يكن مع وارث العامل أن يقوم مقام مورثه، فدليل سلطنة الناس على أنفسهم[1] حاكم بأن له ما لا يقل من الفسخ.

لأنه يقال: ليس ذلك خلاف سلطنة ورثة العامل، فإن الارض تنتقل إلى ورثة مالك الأرض في حال كونها متعلقة لحق العامل، والبذر ــ إذا كان البذر على العامل ــ ينتقل إلى ورثة العامل متعلقاً لحق صاحب الأرض، والعمل دين على العامل يستوفي من تركته كسائر ديون كل أحد، فليس في ذلك منافاة لحق ورثة العامل، كما لم يكن فيه منافاة لحق ورثة صاحب الأرض.

ومنه يعلم أن موت كليهما لا يؤثر أيضاً في بقاء المزارعة.

نعم إذا لم يشأ الوارثان، أو أحدهما وطرف المزارعة الباقي حياً، بقاءها أمكنهما التقايل، لما تقدم من صحته، ولا فرق فيه بين الأصيل والوريث.

ومنه يعلم أنها لا تبطل بالجنون والسفه والحجر وما أشبه.

{نعم تبطل بموت العامل مع اشتراط مباشرته للعمل} إذا كان الاشتراط على نحو مصب العقد، أو كان قيداً، حيث إن المقيد عدم عند عدم قيده، أما إذا كان على نحو الشرط فانتفاء الشرط يعطي الخيار لا البطلان، كما نبه علي

(١) البحار: ج٢ ص٢٧٣.

ذلك المستمسك وغير واحد من المعلقين، خلافاً لإطلاق المسالك وغيره من بطلانها بانتفاء الشرط.

ثم إنه ينبغي أن يكون العكس كذلك، فإذا شرط العامل أن يكون تحت مالكية المالك ثم مات المالك كان له الفسخ إذا كان شرطاً، وإلا بطل إن كان مصباً أو قيداً، كما ذكرنا.

{سواء كان قبل خروج الثمرة أو بعده}، قال في المسالك: (وهو مشكل لو كان موته بعد خروج الثمرة لأنه قد ملك الحصة، وإن وجب عليه بقية العمل فخروجه عن ملكه بعد ذلك بعيد).

ورده الجواهر بأن الملك وإن حصل، لكنه متزلزل إلى حصول تمام العمل، نحو ملك العامل في المضاربة في بعض الأحوال.

وأيد المستمسك الجواهر.

أقول: إذا بطلت المزارعة لم يستلزم ذلك بطلان الملك حتى يقع الكلام في ذلك فيطلق البطلان أو عدمه، بل اللازم أن يقال: إذا بطلت المزارعة بالفسخ للاشتراط، أو تلقائياً للمصب أو القيد، فقد يكون قصدهما حين العقد على نحو تعدد المطلوب، بأن يكون البطلان من الوسط لا من الأول، فيكون الحال كالطلاق حيث يبطل العقد من حينه لا من أصله، وقد يكون على نحو وحدة المطلوب بأن يوجب البطلان من الأول.

ففي تعدد المطلوب والبذر للمالك إن كان قصدهما الملكية إذا تم العمل لا حق للزارع بعد البطلان، وإذا كان قصدهما الملكية لكل جزء جزء من العمل

كان اللازم إعطاء حصة العامل بقدر عمله لأنه لا وجه لعدم ملكيته، وفي تعدد المطلوب والبذر للعامل كان الاشتراك مقتضى القاعدة، وأنهما للمالك على العامل ــ إذا رضي المالك بإبقاء زرعه، أو قلنا بلزوم الإبقاء لأن الإذن في الشيء إذن في لوازمه ــ أجرة بقاء حصة العامل في أرضه.

وفي وحدة المطلوب والبذر للمالك، لا حق للعامل إلا أجرة عمله، أو أقل منها ومن المسمى على قول آخر.

وفي وحدة المطلوب والبذر للعامل، فمقتضى القاعدة كون الحاصل لهما إلى الإذن، لأنه ناتج الأرض والبذر والعمل، كما تقدم.

أما بعد الفسخ، فإما الإبقاء بالأجرة على العامل قهراً، إذا قلنا بأن الإذن في الشي إذن في لوازمه، وكذلك إذا اختار الإبقاء، وإما الإزالة، وسيأتي بعض توضيح لذلك في المسألة السادسة إن شاء الله تعالى.

{وأما المزارعة المعاطاتية فــ} الظاهر أنها لازمة أيضاً كما تقدم، وإن كان على مبنى المصنف التابع للمشهور أنها {لا تلزم إلا بعد التصرف} كسائر المعاملات المعاطاتية عندهم.

{وأما} المزارعة {الإذنية} فقد عرفت أن الصحيح أنها ليست مزارعة {فيجوز فيها الرجوع دائماً} لأن الإذن ليس بعقد، بل هو إجازة، والمجيز متى ما أراد سحب إجازته، فإن «الناس مسلطون على أموالهم وأنفسهم»[1]، لكن الرجوع إنما يكون

(١) البحار: ج٢ ص٢٧٣.

لكن إذا كان بعد الزرع وكان البذر من العامل يمكن دعوى لزوم إبقائه إلى حصول الحاصل، لأن الإذن في الشيء إذن في لوازمه

بالنسبة إلى المستقبل لا الماضي، لأن الماضي لا يعود عن حالته، إلا إذا دل دليل على الرجوع الحكمي، وذلك ليس بموجود في المقام.

نعم يستشكل على المصنف بأن الإذنية إذا كانت مزارعة مصطلحة يجب أن يكون لازماً، وقد تقدم منه أنه من المصطلحة، فكيف يجمع بين الكلامين، اللهم إلا أن يقال: إنه لا دليل على لزوم الإذنية، فالأصل عدم لزومها حتى بعد التصرف، فتأمل.

{لكن إذا كان} الرجوع {بعد الزرع وكان البذر من العامل يمكن دعوى لزوم إبقائه إلى حصول الحاصل، لأن الإذن في الشيء إذن في لوازمه} فإذا أذن في الابتداء كان إذناً في الإبقاء.

لكن يرد عليه أولاً: إنه لا حاجة إلى هذه القاعدة بعد كون الإذن في الإبقاء صريح كلام الإذن، لا لازمه، إذ معنى استحقاق الحصة الإبقاء، فإن بدون الإبقاء لا حصة.

وثانياً: إن الإذن في الإبقاء ولو كان صريحاً لا يقتضي عدم جواز الرجوع، فإذا رجع كان اللازم عليه تدارك ما تضرر به العامل، إن كان العامل مغروراً من قبله، لقاعدة الغرور.

أما ما ذكره المستمسك من أنه لا دليل على جواز رجوع المالك عن إذنه بعد عمل العامل، لا سيما إذا كان النتاج لا يحتاج إلى عمل، ففيه: إن الدليل هو تسلط

وفائدة الرجوع أخذ أجرة الأرض منه حينئذ ويكون الحاصل كله للعامل.

الناس على أموالهم وأنفسهم[1]، ولا دليل على أن الإذن يوجب اللزوم.

{وفائدة الرجوع أخذ أجرة الأرض منه} أي من العامل {وحينئذ يكون الحاصل كله للعامل}، لكن يمكن أن يقال: إنه إذا رجع كان له إلزام العامل بقلع زرعه بلا أرش، إن لم يكن له أرش، أو كان ولم يكن مغروراً.

أما كون كل الحاصل للعامل، فيرد عليه: إنه إذا أذن في قبال شيء له فلا وجه لكون كل الحاصل للعامل، بل للمالك بعضه حسب القرار، فإن النتاج حاصل الأرض والبذر والعمل كما تقدم.

---

(١) البحار: ج٣ ص٢٧٢.

(مسألة ٤): {إذا استعار أرضاً للمزارعة ثم أجرى} المستعير {عقدها} مع إنسان عامل صحت الاستعارة لإطلاق أدلتها، فتكون منفعة الأرض للمستعير بإباحة المالك فيجعل للعامل تسلطه على تلك المنافع في قبال أن يكون للمستعير بعض الحاصل {لزمت} لأن المزارعة لازمة، فلا يتمكن المستعير من الرجوع وإبطال المزارعة.

{لكن للمعير الرجوع في إعارته} لأن العارية ليست بلازمة، وعقد المستعير عليها لا يجعلها لازمة، إذ لا دليل على ذلك، فالأصل البقاء على الجواز بالنسبة إلى المعير.

نعم نفس المستعير لا يحق له الإرجاع، لأنه بعقده منع نفسه من الإبطال، والإرجاع إبطال.

وبذلك يظهر أن قول المستمسك لا يخلو من نظر، فإن المزارعة قد اقتضت على وجه اللزوم استحقاق المستعير والعامل لمنفعة الأرض فلا يمكن رجوع المنفعة إلى مالكها يترتب على الرجوع فائدة محل نظر، إذ من أين على وجه اللزوم بينهما يؤثر في قلب جواز المالك إلى اللزوم، فإذا لم يكن دليل على ذلك كان مقتضى القاعدة بقاء الجواز بالنسبة إلى المالك على حاله.

لا يقال: وجه اللزوم أن الإذن لإيقاع العقد اللازم على ملكه بمنزلة الإذن في إتلاف ماله، سواء قلنا بتمليك المنافع في المزارعة والإجارة، أو بايجاد إضافة موجبة للسلطنة عليها.

لأنه يقال: إنما هو إتلاف بالنسبة إلى الماضي لا المستقبل، فهو كما أعاره إعارة مطلقة، حيث إنه إذا زارعها لم يخرج ذلك عن حقيقة الإعارة.

{فــ} إذا رجع المالك حق له قلع الزرع إذا لم يوجب ضرراً، وقلعه مع إعطاء أرشه إذا أوجب ضرراً، إذا كان مغروراً، وبدون الارش إذا لم يكن مغروراً، ويكون كما لو قال له: (ازرعه لكني إذا أردت الأرض قلعت الشجر وأخذتها منك)، فقوله: {يستحق أجرة المثل لأرضه على المستعير} محل إشكال، ولا يخفى أن مراده أجرة المثل لما بعد الرجوع، إذ لا أجرة لما قبله حيث كانت عارية ولا شيء في العارية.

{كما إذا استعارها للإجارة} لإطلاق أدلة العارية، فقول المستمسك: (في صحة هذه الاستعارة نظر، فإن الاستعارة استباحة الانتفاع بالعين واستيفاء منفعتها، والإجارة ليست استيفاءً للمنفعة بل استيفاء لعوضها فلا تصح الاستعارة لها) غير ظاهر الوجه، فإن المالك أعطى المنفعة للمستعير والمستعير أعطاها في قبال أجرة.

{فآجرها} ثم إن الكلام في لزوم العقد بالنسبة إلى طرفي الإجارة، وعدم لزوم العارية من طرف المالك هنا، كما تقدم في الاستعارة للمزارعة.

لا يقال: كيف تخرج فائدة الملك من كيس المعير، ويدخل عوضها إلى كيس المستعير.

بناءً على ما هو الأقوى من جواز كون العوض لغير مالك المعوض.

لأنه يقال: الفائدة صارت ملكاً للمستعير فتخرج من كيسه، حيث يدخل بدلها إلى كيسه أيضاً.

ومنه يظهر أن قول المصنف: {بناءً على ما هو الأقوى من جواز كون العوض لغير مالك المعوّض} فيه نظر من وجهين:

الأول: إنه جواب عن الإشكال التي ذكرناه لا عما ذكره من الإشكال.

الثاني: إن جواب ما ذكرناه ليس كما ذكره.

(مسألة ٥): إذا شرط أحدهما على الآخر شيئاً في ذمته أو في الخارج من ذهب أو فضة أو غيرهما مضافاً إلى حصته من الحاصل صح

(مسألة ٥): {إذا شرط أحدهما على الآخر شيئاً في ذمته أو في الخارج} شخصياً أو مشاعاً أو كلياً مطلقاً أو كلياً في المعين أو مردداً بين شيئين مثلاً كأن يعطيه إحدى ضياعه {من ذهب أو فضة أو غيرهما مضافاً إلى حصته من الحاصل} أو شرط عليه عملاً كخياطة ثوبه، أو تعليم ولده، إلى غير ذلك من الشروط السائغة غير المنافية للكتاب والسنة ولا لمقتضى العقد.

{صح} ولزم كما هو المشهور شهرة عظيمة، إذ لم يعرف المخالف، إلا أن الشرائع والتذكرة والمختلف والإيضاح كما حكي عنهم نقلوا عن بعض أصحابنا القول بالمنع، ولكن اعترف غير واحد من الفقهاء بأنهم لم يعرفوا القائل به، ولعله استند إلى أن الشرط فيها خلاف المزارعة المتلقاة من الشرع.

وفيه: إنها إمضاء والعقلاء يرون الشرط فيها، بالإضافة إلى دليل «المؤمنون عند شروطهم»[1].

نعم ذكر غير واحد من الفقهاء كراهة أن يشترط مع الحصة شيئاً من ذهب أو فضة، كما حكي عن جامع الشرائع والتحرير وجامع المقاصد،

---

(١) الوسائل: ج١٥ ص٣٠ الباب ٩ من أبواب المهور ح٤.

بل عن المختلف عن الشيخ حكايته و لم يعلم له وجه، ولعل المصنف صرح بهما في قبال هذا القول.

والظاهر أن نقول نحن بالكراهة لأدلة التسامح، وربما يوجه بأن المالك إن أعطى وربما لا يحصل على الحصة، فقد أعطى الذهب بلا بدل وذلك غرر، وإن أعطى العامل، فربما لا يحصل الحصة فيكون كذلك، وإذا حصلت الحصة فهي في مقابل عمل العامل وأرض المالك، فبماذا يقابل الذهب والفضة، وفيهما ما لا يخفى.

وكيف كان، فقد قال في القواعد: (ولو تضمن العقد شرطاً سائغاً لا يقتضي الجهالة لزم)، والظاهر أن قيد (لا يقتضي) مستدرك، لأنه إذا كان اقتضى الجهالة لم يكن سائغاً، ولذا لم يذكر القيد المذكور أكثرهم، وكان المحكي عن مساقاة جامع المقاصد الإشكال في القيد المذكور.

وكيف كان، فالشرط الباطل إن صيغ شرطاً أوجب الخيار، وإن صيغ مصباً أو قيداً أوجب البطلان كما تقدم، هذا بالإضافة إلى ورود بعض الروايات الدالة على صحة الشرط.

مثل ما رواه المشايخ الثلاثة، عن محمد بن السهل بن اليسع، عن أبيه، قال: سألت أبا الحسن موسى (عليه السلام) عن الرجل يزرع له الحراث بالزعفران ويضمن له أن يعطيه في كل جريب أرض يمسح عليه وزن كذا وكذا درهماً، فربما نقص وغرم، وربما استفضل وزاد، قال (عليه السلام): «لا بأس به

إذا تراضيا»[1].

واستدلال جملة من الفقهاء بهذه الرواية من باب المناط، وإلا فهي غير مرتبطة بما نحن فيه، إذ الظاهر أن الرواية ليست في المزارعة، بل في الاستيجار، فيستأجر صاحب الأرض الفلاح ليزرع له لأن يعطيه في قبال كل جريب كذا من الحاصل، وليس هذا أسلوب المزارعة، بل أسلوب اتخاذ الأجير.

{وليس قراره مشروطاً بسلامة الحاصل}، فإنهم قد اختلفوا في أنه هل يسقط من الشرط بحسابه إذا لم يسلم الحاصل، كما هو مختار المسالك، قال: (فلو تلف البعض سقط منه بحسابه، لأنه كالشريك، وإن كانت حصته معينة)، ثم قال: (مع احتمال أن لا يسقط منه شيء بتلف البعض متى بقي قدر نصيبه عملاً بإطلاق الشرط) انتهى.

أو لا يسقط، كما عن الكافي، قال في مفتاح الكرامة: (وهو ظاهر الباقين وهو الأقوى).

أقول: الظاهر أنه تبع لقصدهما، فإن العقود تتبع القصود، وإذا لم يعرف القصد لموت أو نحوه يراجع إلى العرف في استفادة أي الأمرين، لأن الألفاظ المطلقة إذا لم يكن قصد خاص أو لم يعرف ذلك يستفتى فيه العرف، حيث إن الارتكاز يجعل القصد حسب المستفاد من العرف.

ومنه يعرف أن قول السادة ابن العم والبروجردي وغيرهما بأنه مشروط

---

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٠٦ الباب ١٤ من أبواب المزارعة والمساقاة ح١.

بالسلامة، كقول المستمسك لا يسقط عن الشرط شيء، وإن تلف جميع الحاصل نظير الدين في الذمة، محل منع.

{بل الأقوى صحة استثناء مقدار معين من الحاصل لأحدهما} كمائة منّ {مع العلم ببقاء مقدار آخر ليكون مشاعاً بينهما} كما استفيد من كلام الشيخ وغيره من الذين صرحوا بجواز اشتراط إخراج البذر أولاً، كما أن بالصحة صرح المختلف واستظهر من الكفاية كما في مفتاح الكرامة، لكن الأشهر كما عن المفاتيح، والمشهور كما عن المسالك والكفاية البطلان، وفي القواعد: بطل على إشكال.

استدل الأولون: بإطلاق أدلة الشرط بعد أنه لم يخالف الكتاب والسنة ولا مقتضى العقد.

واستدل الآخرون: بما في الشرائع، قال: لم يصح لجواز أن لا تحصل الزيادة.

وفيه أولاً: إن الدليل أخص من المدعى لجواز أن تحصل الزيادة.

وثانياً: إن كثيراً من الشروط معرض للفقدان، كما إذا شرط في البيع خياطة الثوب، أو في المزارعة زرع الحنطة إلى غير ذلك، مع احتمال موت المشروط عليه أو فقدان الحنطة حين البذر، فهل يقال بالبطلان في كل تلك الموارد.

قال في المستمسك: (لا فرق بين أن يكون الشرط متعلقاً بالحاصل، كما هنا

فلا يعتبر إشاعة جميع الحاصل بينهما على الأقوى، كما يجوز استثناء مقدار البذر لمن كان منه.

أو متعلقاً بخارج الحاصل كما في المسألة السابقة، فالتفصيل بينهما، كما عن الاكثر، بلا فاصل) انتهى.

ثم إنه لا يمكن الاستدلال لصحة هذا الشرط بالرواية المتقدمة إلاّ بالمناط، كما عرفت في الفرع السابق، إذ قدم تقدم أنها ليست ظاهرة في المزارعة، فاستدلال المستمسك بها لهذا الفرع غير ظاهر الوجه.

ثم إن العلم ليس شرطاً، فذكره في كلام الماتن وغيره طريقي، بل اللازم الواقع.

{فلا يعتبر إشاعة جميع الحاصل بينهما على الأقوى} وكذا يصح أن يشترط للمالك عشرة أقفزة من الحنطة، وللعامل خمسة أقفزة من الشعير، والباقي منهما مشترك بينهما، لما تقدم من الدليل.

{كما يجوز استثناء مقدار البذر لمن كان منه} البذر، كما عن النهاية والمهذب والسرائر، بل عن المبسوط واستحسان التحرير ولازم كلام المختلف والكفاية، خلافاً لآخرين حيث قالوا بالبطلان، وعن الإيضاح نسبته إلى كثير من الأصحاب، والمفاتيح إلى الأشهر، والمسالك والكفاية إلى المشهور، وفي القواعد بطل على إشكال، وعن التذكرة مثله.

والأقوى القول الأول، لإطلاق أدلة الشرط، وخصوص خبر إبراهيم الكرخي، قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): أشارك العلج ــ المشرك خ ل ــ فيكون من عندي الأرض والبقر والبذر، ويكون على العلج القيام والسقي والعمل في

الزرع حتى يصير حنطةً أو شعيراً، وتكون القسمة فيأخذ السلطان حقه، ويبقى ما بقي على أن للعلج منه الثلث ولي الباقي، قال: «لا بأس بذلك»، قلت: فلي عليه أن يرد علي مما أخرجت الأرض البذر ويقسم ما بقي، قال (عليه السلام): «إنما شاركته على أن البذر من عندك، وعليه السقي والقيام»(1)، فإن ظاهر التعليل جواز ذلك مع الاشتراط، وإنما لا يجوز الآن لأنه لم يكن شرط.

وصحيح يعقوب بن شعيب، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل تكون له الأرض من أرض الخراج فيدفعها إلى الرجل على أن يعمرها ويصلحها ويؤدي خراجها، وما كان من فضل فهو بينهما، قال (عليه السلام): «لا بأس»(2).

فإن ظاهر (من فضل) بعد إخراج المؤن والتي منها البذر.

وروى أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره، عن ابن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام)، إلى أن قال: «المزارعة على النصف جائزة، قد زارع رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) على أن عليهم المؤنة»(3).

أقول: وعلى هذا يصح اشتراط البذر لمن بذله أو لغيره من الطرف الآخر أو لهما بغير تساو بينهما.

أما الذين قالوا بالمنع، فقد استدل لهم بأنه خلاف مقتضى المزارعة،

---

(1) الوسائل: ج13 ص202 الباب 10 من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة ح1.

(2) الوسائل: ج13 ص203 الباب 15 من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة ح2.

(3) المستدرك: ج2 ص502 الباب 6 من أبواب كتاب المزارعة والمساقاة ح3.

حيث يلزم أن يجعل لهما بالحصص، ولما تقدم عن الشرائع في الفرع السابق من احتمال أن لا يحصل مقدار البذر أو أكثر منه، وفي كلا الوجهين نظر واضح، كما تقدم هناك، فقول بعض المتأخرين لا ينبغي التأمل في البطلان غير ظاهر الوجه، ولذا سكت على المتن كل المعلقين الذين ظفرت بكلماتهم في المقام، والله العالم.

{أو استثناء مقدار خراج السلطان} لما تقدم من الدليل الخاص والعام، بل واستثناء مقدار الخمس والزكاة لإطلاق أدلة الشرط.

{أو ما يصرف في تعمير الأرض ثم القسمة} لما يبقى بعد المستثنيات بينهما على التساوي أو الاختلاف.

قال في القواعد: أو يشترط أحدهما الهرف والآخر الأفل، أو ما يزرع على الجداول، والآخر في غيرها ــ عطفاً على البطلان ــ ولذا قال في مفتاح الكرامة: هذا باطل بلا خلاف، كما في موضعين من المبسوط، وبلا خلاف بين العلماء كما في التذكرة، وكذا نقل لا خلاف عن الغنية والسرائر.

أقول: إن تم الإجماع فهو، وإلا فالأصل صحته، لأنه عقلائي لم يمنع الشارع عنه، ثم إن الشرط إذا بطل لم يبطل العقد، نعم إذا كان مصباً أو قيداً بطل، كما تقدم الوجه في الأمرين، ثم إن البطلان إنما يقطع به إذا لم يكن الهرف والأفل جزءاً كما إذا اشترط لأحدهما النصف

وهل يكون قراره في هذه الصورة مشروطاً بالسلامة كاستثناء الأرطال في بيع الثمار أو لا، وجهان.

مع أحدهما وإلا فالصحة مقتضى القاعدة.

وقال في التذكرة: في الصحة نظر، لكن المجوزين من العامة اتفقوا على بطلانه.

أقول: حيث لا وجه للنظر إلا احتمال لزوم أن لا يكون مع الحصة شيء، وقد عرفت الإشكال فيه سابقاً، فالصحة مقتضى القاعدة.

ومنه يعلم أن قول مفتاح الكرامة: إن البطلان قضية الأصل، غير ظاهر الوجه.

{وهل يكون قراره في هذه الصورة مشروطاً بالسلامة كاستثناء الأرطال في بيع الثمار} حيث إن المشهور بين الفقهاء أنه إذا باع الثمرة واستثنى مقداراً معيناً فخاست الثمرة ينقص من المستثنى على حسب النسبة، بل في الجواهر بلا خلاف أجده فيه.

{أو لا}، إذ لا وجه لذلك وإن قلنا به هناك، {وجهان} الأقرب أن مقتضى القاعدة أنه لو كان الاستثناء على نحو المشاع كان مشروطاً بالسلامة، فكلما نقص شيء نقص من الشرط بالنسبة، ولو كان على نحو الكلي في المعين لم يكن مشروطاً بالسلامة.

وبذلك يظهر وجه النظر في إطلاق أي من الوجهين، كما يظهر وجه النظر في إطلاق تعليقة ابن العم حيث قال: الظاهر أنه مشروط بها، أما إشكال السيد البروجردي على المتن بقوله: لا موقع لهذا الترديد بعد كون المعروض استثناء هذه الأمور من الحاصل، فالظاهر الإشكال فيه لأن كلام المصنف وجود

شيء من الحاصل يكفي للمستثنى، لا أن كل الحاصل خاس أو نحوه.

نعم إذا خاس كل الحاصل وكان الاستثناء من الحاصل لم يكن وجه لاحتمال عدم الاشتراط بالسلامة.

ثم إنه لو شك من أنه هل كان الاستثناء على نحو الكلي أو الإشاعة، فإن كان عرف رجع إليه، ولو اختلف العرف فالمرجع عدم زيادة الحق للمشترط، حيث إن الأصل كون الثمر لهما بنسبة الأرض والعمل، بعد إخراج المؤن فقط.

(مسألة ٦): إذا شرط مدة معينة يبلغ الحاصل فيها غالباً، فمضت والزرع باق لم يبلغ، فالظاهر أن للمالك الأمر بإزالته بلا أرش، أو إبقاءه ومطالبة الأجرة إن رضي العامل بإعطائها، ولا يجب عليه الإبقاء بلا أجرة، كما لا يجب عليه الأرش مع إرادة الإزالة لعدم حق للزارع بعد المدة، والناس مسلطون

(مسألة ٦): {إذا شرط مدة معينة يبلغ الحاصل فيها غالباً، فمضت} تلك المدة {والزرع باق لم يبلغ، فالظاهر أن للمالك الأمر بإزالته} إن كان البذر من العامل، أما إذا كان البذر من المالك فليس له ذلك، إذ لا حق له على العامل، والحال أنهم يقولون بأن الزرع تابع للبذر.

وقد نقل مفتاح الكرامة حقه في أمر الزارع بالإزالة عن غير واحد من الفقهاء، وكان ذلك لقاعدة سلطنة الناس على أموالهم، حيث إن الأرض للمالك، وزرع الزارع بعد انقضاء المدة لا وجه لبقائه فيها بدون رضى مالك الأرض.

{بلا أرش} فلا يحق للزارع أخذ التفاوت بين المزروع والقصيل عن مالك الأرض، لأصالة عدم ضمان المالك.

{أو إبقاءه ومطالبته الأجرة إن رضي العامل بإعطائها} إذ العامل مسلط على ماله، فلا يحق لمالك الأرض أخذ الأجرة بالقوة منه.

{ولا يجب عليه} أي المالك {الإبقاء بلا أجرة} لأنه خلاف قاعدة تسلط الناس، بل ولا مع الأجرة لأنه معاملة جديدة لا يجبر المالك عيها إلا برضاه.

{كما لا يجب عليه الأرش مع إرادة الإزالة} لقاعدة السلطة والأصل كما تقدم، ولذا قال: {لعدم حق للزارع بعد المدة} المقررة {والناس} المالك {مسلطون

على أموالهم.

على أموالهم}[1].

أقول: مقتضى ما ذكرناه سابقاً من أن الزرع ناتج كل من الأرض والعمل فالزرع لهما، سواء كان البذر من هذا أو من ذاك أو من كليهما أو من ثالث، وعليه لا حق للمالك في جبر الزارع على الإزالة لحق الزارع، كما لا حق للزارع في الإزالة بالنسبة إلى حق المالك، فإذا استثني حق المالك يبقى حق الزارع، فإن تراضيا على شيء فهو، وإلا فإن لم يتضرر الزارع بالإزالة كان للمالك حق جبره لقاعدة التسلط، وإن تضرر فإن كان قدر ضرره معارضاً بضرر المالك من بقائه تساقط الضرران، وكان للمالك الحق في الجبر بالإزالة لقاعدة السلطة التي لا معارض لها.

وإن لم يكن للمالك ضرر في البقاء وكان للزارع ضرر في القلع، فهل تقدم قاعدة السلطة، أو قاعدة لا ضرر، أو يجمع بين الأمرين لقاعدة العدل في الماليات، فإما أن يقلع مع تحمل المالك نصف الأرش، وأما أن يبقى مع تحمل الزارع نصف الأجرة، الظاهر الثالث، لأنه لا وجه لتقديم أي القاعدتين بعد عدم الدليل على أن إحداهما أهم، كما لا وجه لأن تبقى الأرض بلا نفع في المدة الجديدة، وكذلك لا وجه لأن يتحمل الزارع كل خسارة القلع، فلم يبق إلا قاعدة العدل، كما ذكرناها في كتاب الخمس وغيره، فتأمل.

---

(١) البحار: ج٢ ص٢٧٣.

ولا فرق بين أن يكون ذلك بتفريط الزارع أو من قبل الله كتأخير المياه أو تغير الهواء، وقيل: بتخييره بين القلع مع الأرش والبقاء مع الأجرة

{ولا فرق بين أن يكون ذلك} التأخير {بتفريط الزارع} عمداً أو بدون عمد كما إذا لم يقدر لمرض ونحوه.

{أو من قبل الله كتأخير} جريان {المياه} ونزول الأمطار {أو تغيير الهواء}، أو من قبل ثالث، كما إذا حال الظالم بين الأرض والزرع، وقد يكون وجه التأخير المالك بنفسه كأن حال بين الزارع والزرع.

ولا يخفى أن ما ذكرناه من قاعدة الضرر في الزارع أو المالك، إنما هو إذا لم يكن أحدهما سبباً للضرر، وإلا فلا يتدارك إضرار الإنسان بنفسه بقاعدة لا ضرر.

{وقيل} والقائل العلامة في القواعد: {بتخييره بين القلع من الأرش والبقاء مع الأجرة} قال: (ولو ذكر مدة يظن الإدراك فيها فلم يحصل، فالأقرب أن للمالك الإزالة مع الأرش أو التبقية بالأجرة، سواء كان بسبب الزارع كالتفريط بالتأخير، أو من قبل الله تعالى كتغيير الأهوية وتأخير المياه).

وعن جامع المقاصد أنه فصل في أول كلامه فقال: (إن كان التأخير بتفريط الزارع كان للمالك الإزالة لأنه عند الانتهاء كالغاصب، وإن كان بغير تقصير منه يجب الإبقاء إلى الإدراك).

وقد نقل مفتاح الكرامة هذا التفصيل عن المبسوط والتذكرة والتحرير وغيرها، واستدلوا لذلك بأنه في الأول كالغاصب، وفي الثاني بأن ما خرج عن

وفيه ما عرفت، خصوصاً إذا كان بتفريط الزارع مع أنه لا وجه لإلزامه العامل بالأجرة بلا رضاه، نعم لو شرط الزارع على المالك إبقاءه إلى البلوغ بلا أجرة، أو معها إن مضت المدة قبله، لا يبعد صحته

المدة وإن لم يتناوله العقد، لكنه يستلزم ضرراً من تكليف ما لا يطاق.

واحتملوا وجوب الصبر على المالك مجاناً، وأن له القلع مجاناً.

أقول: قد عرفت مقتضى القاعدة فلا وجه معتد به لأي من القولين، ولذا قال المصنف: {وفيه ما عرفت} إذ لا إطلاق للتخيير {خصوصاً إذا كان بتفريط الزارع} ولذا فصل جماعة بين تفريط الزارع وعدمه، حيث أجازوا القلع للمالك بدون الأرش إذا كان الأول، بينما لا يجوز القلع كذلك إذا كان الثاني.

{مع أنه لا وجه لإلزامه} إلزام المالك {العامل بالأجرة بلا رضاه} فإنه خلاف دليل السلطنة.

{نعم، لو شرط الزارع على المالك إبقاءه إلى البلوغ بلا أجرة، أو معها إن مضت المدة قبله، لا يبعد صحته} لإطلاق أدلة الشرط، سواء كان الشرط مطلقاً، أو في حالة خاصة كحالة كون التأخير من الله أو من ثالث أو ما أشبه.

وقد أشار المصنف بذلك إلى الإشكال في قول الشرائع حيث قال: (لو شرط في العقد تأخيره إن بقي بعد المدة المشروطة بطل العقد على القول باشتراطه تقدير المدة)، وعلله في المسالك بجهالة المدة، لأن المدة حينئذ تكون مجموع المذكور وما بعده إلى أن يدرك الزرع وهي مجهولة، وشرطها في ضمن العقد من جملة العوض، فإذا تضمن جهالة بطل العقد.

ووجوب الإبقاء عليه.

أقول: فيه إن مثل هذه الجهالة لا توجب غرراً ولا دليل على إبطال ما عدا الغرر.

{ووجوب الإبقاء عليه} بدون أجر، أو معه مسمىً أو مثلاً إذا لم يذكر المسمى.

ومنه يعلم أن إشكال السيد البروجردي على صحة العقد غير ظاهر الوجه، كما أن استدلال بعض المعلقين للإشكال بأنه غرري غير تام.

نعم ربما يكون غرراً إذا كانت المدة المحتملة مرددة بين زيادة ونقيصة يراها العرف غرراً، لكن مثله نادر جداً، فالأصل مع عدم الغرر وصورة الغرر استثناء.

(مسألة ٧): لو ترك الزارع الزرع بعد العقد وتسليم الأرض إليه حتى انقضت المدة، ففي ضمانه أجرة المثل للأرض كما أنه يستقر عليه المسمى في الإجارة

(مسألة ٧): {لو ترك الزارع الزرع بعد العقد وتسليم الأرض إليه حتى انقضت المدة} أو بقيت مدة قليلة لا يمكن الزرع فيها مثلا، {ففي ضمانه أجرة المثل للأرض} كما أفتى به الشرائع والقواعد والتذكرة والتحرير والإرشاد والروض والمفاتيح ومجمع البرهان، بل هو المنسوب إلى ظاهر الأصحاب، كما حكي عن بعضهم.

{كما أنه يستقر عليه المسمى في الإجارة} إذا استأجرها ولم يستعملها حتى انتهت المدة، أما في الإجارة فواضح، وأما في المزارعة فلما ذكره المسالك من أن منفعة الأرض صارت مستحقة له بحيث لا يتمكن المالك من استيفائها وقد فوتها فيلزم الأجرة.

أقول: ويؤيده «لا يتوى حق امرئ مسلم»[1]، فإن المنفعة حق للمالك فوتها الزارع بتركه، خصوصاً إذا قلنا بأن الحيلولة بين المالك وماله مما فوتت استرباحه منه يوجب الضمان، كما لم نستبعده في بعض مباحث الفقه.

أما قول المستمسك في الإشكال على المسالك بأنه (لا يظهر وجه الملازمة بين تفويته ما يستحق، وبين ضمان الأجرة للمالك، وكان الأولى تعليله بأن منفعة

(١) المستدرك: ج٣ ص٢١٥ الباب ٤٦ من أبواب نوادر الشهادات ح٥.

الأرض صارت مستحقة له بعوض لم يسلمه لتعذره فينتقل إلى أجرة المثل، وإن كان يشكل أيضاً بأن تعذر العوض موجب للبطلان فاستحقاق أجرة المثل يحتاج إلى دليل، إلا أن يقال: يكفي في الضمان عموم قاعدة «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده» ولما كانت منفعة الأرض مضمونة في المزارعة الصحيحة بالحصة فهي مضمونة في المزارعة الفاسدة بالأجرة، كذا استدل، وفيه تأمل) انتهى.

يرد عليه أولاً: إن الملازمة مستفادة من دليل «على اليد»، فإن الزارع أخذ الأرض وفوت المنفعة، وحيث إن المنفعة مثل أجرة المسمى ولم يعلم مقدارها رجع إلى أجرة المثل على ما تقضيه قاعدة العدل، نعم يجب أن يقيد ذلك بما إذا لم يعلم قدر الحصة، كما هو الغالب.

وثانياً: بأن إشكاله على الشهيد وارد على قوله: (فينتقل إلى أجرة المثل) حيث يسأل عن التلازم.

وثالثاً: بأن التعذر غير التفويت، فالمقام مثل ما إذا استأجر خياطاً لخياطة ثوبه في نهار الجمعة، ثم لم يسلمه الثوب، فإنه عليه إعطاءه الأجرة المسماة وإن لم يعلم قدرها، فالمثل لقاعدة العدل، فليس المقام مما يوجب البطلان.

ورابعاً: إنه إذا سلم البطلان فإعطاؤه أجرة المثل أوضح، لأنه أذهب الفائدة فعليه بدلها وهي أجرة المثل.

ثم إنه ربما يفرق بين أن تكون الأرض بيد المالك فلا ضمان، أو بيد العمال فالضمان، كما في بعض الحواشي، ووجهه أن في الأول كان المفوت للمنفعة المالك لا العامل، وفيه تأمل، حيث إن المالك لم يحل بين الزارع والأرض

أو عدم ضمانه أصلاً، غاية الأمر كونه آثماً بترك تحصيل الحاصل، أو التفصيل بين ما إذا تركه اختياراً فيضمن، أو معذوراً فلا

كما لم يحل بين الوارد والمستأجر فالمفوت عرفاً هو الزارع والمستأجر.

نعم إذا لم يسلمه الأرض، وكان بحيث إذا سلمه إياها لم يزرع، كان المفوت المالك.

أما احتمال بعض المعلقين أن الأجرة على الزارع لأنه غاصب، فلم يظهر وجهه، إذ لا يعد مثله غاصباً، وإذ لا موضوع فلا حكم، بل هو كما إذا لم يسكن دار الإيجار، فإنه غير مستنفع، لا أنه غاصب.

{أو عدم ضمانه أصلاً} للأصل {غاية الأمر كونه آثماً بترك تحصيل الحاصل} ويجب أن يقيد ذلك أيضاً بما إذا لم يعلم بأنه لم يكن له حاصل أيضاً إذا كان يزرع، للقرائن الموجبة للعلم، كما يقيد بذلك القول الأول، لكن الأصل لا يخفى ما فيه.

أما تعليل بعض الفقهاء لذلك: بأنه بناءً على عدم كون المزارعة إلا تعهداً والتزاماً من الطرفين بلا إيراث حق لأحدهما على الآخر، وكون الأرض تحت يد العامل برضى المالك فواضح المنع، ولهذا قال الفقيه بنفسه: إنه لا يخفى ما فيه.

{أو التفصيل بين ما إذا تركه اختياراً فيضمن} لما ذكر في أدلة القول الأول {أو معذوراً فلا} لرفع الاضطرار وما لا يطيقون وغيرهما من الأدلة العامة.

وفيه: إنها ترفع التكليف لا الوضع في مثل الضمانات.

أو ضمانه ما يعادل الحصة المسماة من الثلث أو النصف أو غيرهما بحسب التخمين في تلك السنة، أو ضمانه بمقدار تلك الحصة من منفعة الأرض من نصف أو ثلث ومن قيمة عمل الزارع، أو الفرق بين ما إذا اطلع المالك على تركه للزرع فلم يفسخ المعاملة لتدارك استيفاء منفعة أرضه فلا يضمن، وبين صورة عدم اطلاعه إلى أن فات وقت الزرع فيضمن، وجوه و

ولذا كان في قتل الخطأ ونحوه الدية، ومثله ما لو استأجر الدار و لم يسكنها اضطراراً، أو الخياطة و لم يعطه الثوب اضطراراً، إلى غير ذلك.

{أو ضمانه ما يعادل الحصة المسماة من الثلث أو النصف أو غيرهما بحسب التخمين في تلك السنة} كما سيأتي وجهه، ومقتضى هذا وقاعدة العدل أن الحصة لو ترددت كان النصف في الزائد على المتقين، كما إذا لم يعلم أنها ثلاثة أطنان أو خمسة حيث يعطيه أربعة.

{أو ضمانه بمقدار تلك الحصة من منفعة الأرض من نصف أو ثلث} مثلاً {ومن قيمة عمل الزارع} كما سيأتي توضيحه، ووجهه عند استظهار أن هذا القول أوجه.

{أو الفرق بين ما إذا اطلع المالك على تركه للزرع فلم يفسخ المعاملة لتدارك استيفاء منفعة أرضه فلم يضمن} العامل، لأن المالك هو الذي أورد الضرر على نفسه بترك الفسخ مع إمكانه الفسخ {وبين صورة عدم اطلاعه إلى أن فات وقت الزرع فيضمن} لأن المفوت حينئذ هو العامل>

{وجوه} ستة {و

بعضها أقوال، فظاهر بل صريح جماعة} بل عرفت أنه المشهور: {الأول} قال السيد الجمال: لما كان تسليم الأرض إلى الزارع، وبقاؤه في يده إلى انقضاء المدة هو مفروض هذه المسألة، فضمانها لما فات من منافعها تحت يده ولزوم أجرة المثل عليه بمكان من الوضوح.

أقول: يرد عليه أنه لو لم تكن للزراعة منفعة، أو كانت منفعتها أقل من الأجرة بالنسبة إلى حصة المالك، لم يكن وجه للأجرة، فربما لا يزرع الزارع لأنه يرى عدم الفائدة أصلاً، فهل يمكن أن يقال بأجرة المثل عليه حينئذ.

ثم إذا كان الزرع يعطي للمالك حصة أقل من أجرة المثل، فقد أهدر المالك حقه بالنسبة إلى التفاوت بين الأجرة والحصة، فلماذا يعطيه الزارع بقدر الأجرة، اللهم إلا إذا كانت الحصة مقيدة بأن أهدر المالك حال الزرع لا حال عدمه.

ثم إنه يأتي الكلام في العذر العام والخاص.

ومنه يعلم أن قول بعض المعلقين بأن الأوجه الأول إذا كانت الأرض تحت يده وترك الزارعة بتفريط منه، وإلا فلا ضمان، محل إشكال، فبالإضافة إلى أن قيد كون الأرض تحت يده مستدرك لتصريح المصنف بتسليم الأرض إليه في أول المسألة، أن ترك الأرض بتفريط يرد عليه:

أولاً: ما إذا كانت الحصة أقل.

وثانياً: عدم الحاجة في الضمان إلى التفريط، كما أن الخياط إذا استعد ولم يسلمه مالك الثوب ولو بدون تفريط من المالك كان الضمان.

بل قال بعضهم: يضمن النقص الحاصل بسبب ترك الزرع إذا حصل نقص، واستظهر بعضهم الثاني

{بل قال بعضهم} وهو الشهيد الثاني في المسالك: {يضمن النقص الحاصل بسبب ترك الزرع إذا حصل نقص} كما يتفق لتفريطه، وقد استقرب هذا جملة من المعلقين معللين له بأنه تفريط والأمين يضمن التفريط.

وفيه: إنه لا وجه لإطلاقه، إذ ذلك إنما يصح إذا كان الترك عمداً حتى يكون تفريطاً، أما إذا لم يكن كذلك فلا وجه لضمان الأمين بدون تعد أو تفريط، هذا مع أنه يلزم أن يقيد بما إذا لم يحصل كمال من جهة أخرى بترك الزرع بقدر النقص أو أكثر، كما إذا سبب ترك الزرع تسلط الماء عليه بحيث نقصت من جهة الزرع، لكن كملت من جهة قيمة الماء، حيث يباع بقدر النقص أو أكثر، ولعل كلام المسالك منصرف عنه.

أما إذا زادت الأرض بسبب ترك الزرع، فالظاهر أنها ليست للزارع، حيث إن الزيادة لم تكن بفعله، فليس المقام مثلما ما إذا زاد في العين المغصوبة بفعل الغاصب.

{واستظهر بعضهم} وهو صاحب الجواهر {الثاني} بالإشكال في الضمان من ترك الزرع لأن الزارع لم يتلف مال الغير حتى يدخل في عموم «على اليد» لأن عقد المزارعة جعله بحكم مال نفسه، لكن حيث وجب عليه الاستنماء وتسليم الحصة فلم يفعل ترتب عليه الإثم لا الضمان، وقاعدة «لا ضرر» لا يستفاد منها الضمان، وإنما القاعدة ترفع اللزوم فيتسلط على الفسخ، وفيه ما تقدم في وجه القول الأول.

{وربما يستقرب الثالث} كما في المسالك، قال: (وهل يفرق في ضمان أجرة المثل وضمان النقص بين ما إذا ترك العامل الانتفاع اختياراً وغيره، ظاهرهم عدمه، ولا يبعد الفرق لعدم التقصير في الثاني، خصوصاً في الأرش ومقتضى العقد لزوم الحصة خاصة و لم يحصل منه تقصير يوجب منه الانتقال إلى ما لا يقتضيه العقد)، وفيه: إن التقصير وعدمه يؤثر في الإثم وعدمه لا في الضمان، كما أشار إليه المستمسك.

نعم قوله: (وكذا الضمان بالتفريط في الأمانات لا يفرق فيه بين الأمرين) غير ظاهر الوجه، إذ لو لم يقصر كان أميناً فلم يحصل التفريط، فالجمع بين التفريط والقصور جمع بين متنافيين.

{ويمكن القول بالرابع} وهو الذي اختاره ابن العم، قال: وهو الأوجه مع ضمانه النقص الحاصل بسبب ترك الزرع إذا حصل نقص، ووجهه أن العامل هو الذي فوت على المالك الحصة بتركه الزرع فيضمنها، وحيث لا يعلم بالضبط قدرها كان اللازم التخمين لأنه الطريق العرفي إلى تحصيل الحق كما كان يفعله الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) بالنسبة إلى حصته في المزروعات.

أما بالنسبة إلى حقه في النقص الحاصل فقد عرفت وجهه في كلام المسالك، وفيه: إن الحصة كانت متوقفة على الزرع فإذا لم يزرع لم تكن حصة وإنما أجرة أو ما أشبه كما تقدم، وإنما تكون الأجرة حق الأجير في باب الإجارة إذا لم يشغله المستأجر لأنها في قبال وقته الذي جعله الأجير تحت اختيار المستأجر، وليس المقام كالإجارة.

نعم إذا جعل المال أرضه تحت اختيار الزارع في قبال كذا، كان له عليه ذلك، زرع أو لم يزرع، لكنه خارج عن محل البحث.

{والأوجه} عند المصنف: {الخامس} لأن المالك بسبب المزارعة ملك على العامل نصف عمله، كما ملك نصف المنفعة التي تحصل من الأرض، فإن الناتج إنما اشترك فيه العمل والأرض، وحيث إن الزارع فوتهما بعدم زرعه، كما فوت على نفسه أيضاً، وكذلك إذا قررا الثلث أو الربع لأحدهما والبقية للآخر كان عليه إعطاؤه للمالك بمقدار ما فوت.

ولا وجه لأجرة المثل، لأن الفائت الحصة لا الأجرة، كما لا وجه لعدم الضمان بعد التفويت، والاختيار والعذر في التفويت لا يفرق فيهما الضمانات، كما لا وجه للحصة المسماة إذ الحصة المسماة إنما كانت للمالك على تقدير المزارعة والمفروض أنه لم يزرع فيرجع الأمر إلى المقدار الفائت وهو نصف منفعة الأرض ونصف قيمة عمل العامل.

لكن يرد عليه: إن المالك أعطى أرضه في قبال الحصة، لا في قبال نصف المنفعة والعمل، فإذا لم يزرع الزارع كان كالخياط الذي سلم نفسه إلى المستأجر لكنه لم يسلمه الثوب ليخيط، فإن الخياط لا يستحق إلا قدر أجرة الخياطة المقررة.

وما ذكرناه في الإشكال على استدلال المصنف أقرب من ما ذكره المستمسك: (إن الذي تضمنه عقد المزارعة هو ملك مالك الأرض نفس الحصة من الزرع

فقط في مقابل تمام منفعة الأرض، أو في مقابل بذل الأرض. وأما عمل الزارع فليس موضوعاً لعقد المزارعة، فلا يملك مالك الأرض إلا الحصة الخاصة من الحاصل، ولما تعذرت بطلت المزارعة، وقد فاتت منفعة الأرض بيد العامل فيكون ضامناً لها) انتهى.

إذ العقلاء يرون الحاصل من هذه الأرض ومن هذا العمل، والناتج لهما بين المالك والعامل، ولا وجه لبطلان المزارعة، كما أن الإجارة لا تبطل بعدم استفادة المستأجر من دار المالك، أو من خياطة الخياط، وكذلك في النكاح إذا لم يستفد الزوج من الزوجة مع بذلها نفسها لا ينهدم المهر أو النفقة.

أما ما جعله المستمسك أقرب بقوله: (إن المزارعة مأخوذة من الزرع فهي معاملة على الأرض على أن تزرع فيكون عوض بذل الأرض عمل الزارع. وأما الحصة من الحاصل فهي من قبيل الشرط في المزارعة فيكون صاحب الأرض مالكاً على العامل العمل، وهو الزرع فإذا لم يزرع فيكون ضامناً لقيمة العمل المملوك عليه).

ففيه: إن العرف يرى أن بذل الأرض إنما هو في قبال الحصة، وذلك هو ظاهر روايات بذل الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) خيبر[1]، فالحصة طرف لا شرط، وبذلك يكون المالك يملك على العامل الحصة، فإذا لم يزرع لزم عليه إعطاؤه مثلها إذ توفرت أو قيمتها، كما في سائر الضمانات إذا لم يتوفر المثل.

(١) الوسائل: ج١٣ ص٢٠١ الباب ٩ من أبواب المزارعة ... ح١.

لكون البذل في قبال الحصة عرفاً وشرعاً، والتعذر لا يوجب البطلان.

ثم إنه كان على المصنف أن يقبل ما تقدم من المسالك من ضمان العامل النقص إذا نقصت الأرض.

ومما تقدم يظهر أنه لو كانت الأرض تحت يدهما معاً، فإن تمكن العامل من عمله كاملاً لم يضر في ضمانه الحصة إشراف المالك أيضاً، وإن لم يتمكن من عمله أصلاً لم ينفع أن يده في الجملة عليها في ضمانه، بل يكون كما إذا كان تحت استيلاء المالك كاملاً، وإن تمكن من عمله بقدر النصف أو أقل أو أكثر، حسب قوة وضعف استيلاء المالك، كان الضمان بقدره.

نعم للعامل حينئذ الفسخ، لأنه له خيار تبعض الصفقة، فإن دليل هذا الخيار ليس خاصاً بالبيع، بل يأتي في الإجارة والرهن والمضاربة والشركة العقدية والمساقاة وفي المقام وغيرها.

ومنه يعلم وجه النظر في الشق الثاني من كلام السيد البروجردي، حيث قال: (بل الأوجه الأول إن كانت الأرض في تلك المدة تحت يد العامل واستيلائه، وأما مع كونها تحت استيلاء المالك أو هما فضمانه مطلقاً محل إشكال).

{وأضعفها السادس} فإن عدم الفسخ عند اطلاع المالك عدم عمل العامل لا يوجب سقوط حق المالك على العامل، كما هو كذلك في الإجارة وغيرها.

وبذلك يظهر أن ما ذكره في المتحصل من الترديد في كون الأرض في قبال العمل أو الحصة، وأن تعذر العمل يوجب بطلان المزارعة، غير ظاهر

على ما تقدم مثاله {ثم هذا كله إذا لم يكن الترك بسبب عذر عام} كعدم نزول المطر في الأراضي التي تزرع به، أو وجود مانع في السماء أو الأرض لا يمكن تداركه.

{وإلا فيكشف عن بطلان المعاملة} لما تقدم أن من شرائط المضاربة إمكان الانتفاع بالأرض.

ثم إذا لم يمكن الانتفاع بالأرض في الزرع الذي صب عليه العقد، أو أخذ قيداً أو شرطاً، وأمكن غيره، أو لم يمكن الزرع إطلاقاً وأمكن الانتفاع بها في شيء آخر، كجعلها مربطاً للدواب وما أشبه ذلك، فهل العامل ضامن لشيء أم لا، مقتضى القاعدة العدم مطلقاً، إذ ما كان العقد عليه لم يمكن، وما أمكن لا يكون العقد عليه.

لكن قال في المستمسك: (يختص عدم الضمان بما إذا لم يمكن الانتفاع بالأرض من وجه آخر غير الزراعة، أما إذا كان يمكن الانتفاع بها في غير الزراعة فاللازم البناء على الضمان كما في المقبوض بالإجارة الفاسدة، اللهم إلا أن يكون إقدام المالك على إهمال تلك المنافع مانعاً عن ضمانها) انتهى.

أقول: إذا بطلت المزارعة كان على العامل إرجاع الأرض، فإذا لم يرجعها بدون وجه شرعي لعدم الإرجاع كان غصباً، وقد فوت منافعها المتعارفة، فهو ضامن لها، أما إذا كان عدم الإرجاع لعذر شرعي مما كانت الأرض أمانة بيده فليس على الأمين الاسترباح فلا ضمان.

ولو انعكس المطلب بأن امتنع المالك من تسليم الأرض بعد العقد فللعامل الفسخ، ومع عدمه ففي ضمان المالك ما يعادل حصته من منفعة الأرض

نعم لو كانت الزراعة الخاصة على وجه الشرط ورفع الشارط يده عن شرطه بقيت المزارعة بأحكامها المقررة.

{ولو انعكس المطلب، بأن امتنع المالك من تسليم الأرض بعد العقد} ولم يمكن جبره، أو أمكن ولم يجبره العامل، إذ ليس يجب على طرف العقد إجبار الطرف إلا إذا كان عنوان ثانوي، مثل إجبار الزوج زوجته الآبية عن الإطاعة التي تنهج نهج الفساد من الإرجاع من جهة: ﴿قوا أنفسكم﴾ فيما لم يمكن المنع إلا بالإرجاع، إلى غير ذلك.

{فللعامل الفسخ} لأن التسليم كالشرط الضمني كما في الإجارة والرهن وغيرهما، فمع التخلف يكون الخيار، كما يكون الخيار للمالك إذا لم يعمل الزارع في الأرض، لأن العمل شرط ضمني في عقد حقيقته إعطاء الأرض في قبال الحصة.

{ومع عدمه ففي ضمان المالك ما يعادل حصته من منفعة الأرض} وهذا هو الذي جعله ابن العم أوجه، وإن جعل الثاني أظهر، وذلك لأن بالمزارعة انتقلت منفعة الأرض بقدر حصة الزارع إليه فلما حال المالك بينها وبين الزارع كان غاصباً، يلزم عليه تداركها، وقول المستمسك (بأنه لم يملك الزارع شيئاً من منفعة الأرض لعدم اقتضاء عقد المزارعة ذلك، وإنما يملك بذل الأرض

للزراعة) محل نظر، حيث إن بذل الأرض في نظر العرف مقدمي لأجل الاستنفاع، فله حق في الأرض.

{أو ما يعادل حصته من الحاصل بحسب التخمين} كما هو الأظهر عندنا، لما تقدم في الفرع السابق، حيث إن المالك بحيلولته فوت على العامل الحصة فيشمله: «لا يتوى حق امرئ مسلم» ونحوه، وكأنه لذا جعله ابن العم أظهر، وإشكال المتسمسك عليه (بأن ضمان الحصة من الحاصل موقوف على ملكها، وملكها موقوف على وجود الحاصل، والمفروض انتفائه) غير ظاهر الوجه، إذ ضمان الحصة ليس موقوفاً على ذلك، بل على التفويت والتوي الحاصل في المقام.

{أو التفصيل بين صورة العذر وعدمه} لما تقدم من الوجه في فرع عدم عمل الزارع بعد تسليم المالك له.

ثم هل المفصل حيث يقرب بالضمان يرى ضمان حصته من منفعة الأرض، أو ما يعادل حصته من الحاصل حسب التخمين، لم يتعرض له المفصل، ولو قيل بالتفصيل كان مقتضى القاعدة الثاني لما عرفت من وجهه.

بل يمكن أن يقال: إنه لو حصل ضرر على العامل من جراء عدم عمله المسبب عن منع المالك كان على المالك تداركه، كما ذكر في الفرع السابق بالنسبة إلى نقص الأرض من عدم زراعة الزارع، وذلك لأن الضرر الذي تضرر به العامل كان بسبب المالك، فيشمله دليل «لا ضرر».

{أو عدم الضمان حتى لو قلنا به في الفرض الأول} كما قواه بعض المعلقين {بدعوى الفرق بينهما} لأن عمل العامل مملوك لمالك الأرض، فإذا لم يعمل الزارع فقد فوّت الملك على صاحبه، فعليه ضمانه، أما في المقام فليست منفعة الأرض مملوكة للزارع فلا يكون تفويتها على الزارع موجباً للضمان.

ولذا قال الجواهر: (عدم الضمان في مقامنا أولى، لعدم صيرورة منفعة الأرض ملكاً له بعقد المزارعة، حتى تكون يد المالك عليها عارية يترتب عليها الضمان).

أقول: لا وجه لهذا التفصيل، حيث إن الزارع عقد على أن يأخذ الأرض في قبال إعطاء الحصة وعمل نفسه في قبال حصته من الأرض، فعدم تسليم المالك الأرض له مفوت لحصته، فلا يكون إلا كالأجير الذي سلم نفسه و لم يستعمله المستأجر، كما تقدم من مثال الخياط، وبذلك يكون المالك ضامناً لحصته التي فوتها عليه، ومنفعة الأرض وإن لم تصبح ملكاً للزارع إلا أن المعاوضة اقتضت أن تكون له الحصة.

ومنه يعلم أن قول المستمسك: (فالأقوى في المقام أن يكون المالك ضامناً لعمل الزارع بأجرة المثل) محل نظر، إذ لا وجه لأجرة المثل، كما في الخياط الباذل نفسه، فهل له أجرة المثل، أو المسمى، وعليه فهذا الفرع كالفرع السابق في الضمان، ويأتي هنا الكلام المتقدم هناك في أنه إذا لم يكن للأرض

وجوه.

نفع أصلاً لم يكن المالك مفوتاً فلا ضمان.

{وجوه} قد عرفت أقربها، ولا وجه لتوقف المصنف هنا في المسألة بعد اختياره هناك، مع أن المسألتين من واد واحد.

المحتويات

كتاب المضاربة

٥ ـ ٢٥٥

مسائل

١٨٢ ـ ٢٥٥

كتاب المزارعة

٢٦١ ـ ٣٤٥